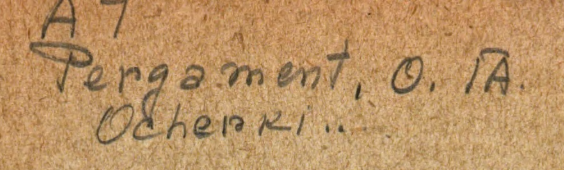
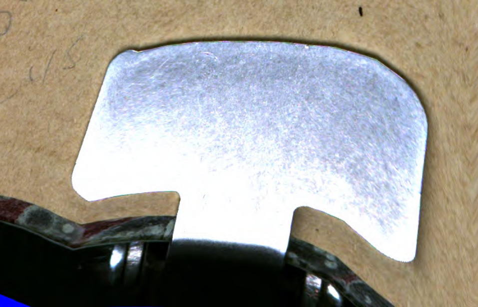


ессараб. правои
HDI
HL 1R4E Q
RUS
PER
Digitized by Google


A 7
Pergament, O. IA.
Ocherki..


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV. ANG.
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



О. Я. ПЕРГАМЕНТЪ.

ОЧЕРКИ

БЕССАРАБСКАГО НАСЛѢДСТВЕННАГО ПРАВА.

Изъ Журнала Министерства Юстиціи
(Сентябрь, Октябрь 1904 г. и Мартъ 1905 г.).

С.-ПЕТЕРБУРГЪ
Сенатская Типографія
1905

ОЧЕРКИ БЕССАРАБСКАГО НАСЛѢДСТВЕННАГО ПРАВА.

Въ предлагаемыхъ очеркахъ я не имѣю въ виду представить систематическое изложеніе институтовъ наслѣдственнаго права по Арменопуло и Доничу. Моя цѣль скромнѣе. Я имѣю въ виду, слѣдуя системѣ толкованія нормъ Бессарабскаго права, примѣненной мною уже однажды къ освѣщенію детальнаго права (въ работѣ „Приданое по Бессарабскому праву“, Одесса 1901 г.), изслѣдовать лишь отдѣльные вопросы и институты, часто встрѣчающіеся въ практической юриспруденціи, такъ сказать, au fur et à mesure ихъ возникновенія въ современной судебной лѣтописи. Опредѣленной строгой послѣдовательности нельзя поэтому искать въ выборѣ предметовъ изслѣдованія. Та или иная ихъ группировка— дѣло будущаго.

I.

Фалкидіонъ.

Борьба противъ неограниченности правъ завѣщателя въ дѣлѣ установленія легатовъ вызвала въ римскомъ правѣ къ жизни цѣлый рядъ ограничительныхъ законовъ, увѣнчавшихся, наконецъ, изданіемъ lex Falcidia. Эта послѣдняя,

установленная въ интересахъ наслѣдника первоначально только относительно легатовъ, впослѣдствіи распространенная и на фидеикомиссъ (sc. Pegasianum), обезпечивала наслѣднику свободное полученіе одной четверти завѣщаннаго ему наслѣдства и объявляла недѣйствительнымъ всякое распоряженіе завѣщателя, обременяющее наслѣдника выдачами, превышающими $^3/_4$ завѣщаннаго ему имущества.

Установленная этимъ закономъ неотчуждаемая четвертая часть завѣщаннаго имущества стала именоваться въ римскомъ правѣ фалкидіевой четвертью.

Византійское право, претворившее римскіе институты, совершенно измѣнило понятіе указанной quarta Falcidia не только въ количественномъ отношеніи, но и относительно ея юридическаго содержанія.

Совершавшееея подъ вліяніемъ обычая „исправленіе началъ правоположеній Юстиніановыхъ сборниковъ въ болѣе человѣколюбивомъ направленіи“, выразившееся въ законодательномъ памятникѣ Льва Исаврянина—Эклогѣ, въ связи съ стремленіемъ обосновать имущественныя отношенія семьи на началахъ семейственнаго строя, должно было привести къ еще большему ограниченію правъ завѣщателя, съ одной стороны, и большему обезпеченію правъ наслѣдника—съ другой. Ближайшимъ послѣдствіемъ такого стремленія и было обезпеченіе наслѣдникамъ большей части наслѣдства: вмѣсто quarta Falcidia всюду устанавливается tertia Falcidia (а иногда и $^1/_2$), и соотвѣтственно этому право распоряженія завѣщателя своимъ имуществомъ ограничивается двумя третями (или одной половиной) таковаго.

Но по римскому праву фалкидіевъ законъ не былъ органически связанъ съ вопросомъ о правахъ и интересахъ *кровныхъ родственниковъ*, ибо по римскому праву мыслимъ былъ случай *завѣщанія всего* имущества *постороннему* съ установленіемъ *легатовъ* въ пользу *родственниковъ;* въ такихъ случаяхъ фалкидіевъ законъ, обезпечивая постороннему неотчуждаемость $^1/_4$ всего завѣщаннаго имущества, шелъ въ разрѣзъ съ интересами семьи. Византійское право забываетъ постепенно или, вѣрнѣе, игнорируетъ, что фалкидіевъ законъ

въ томъ его видѣ, какъ онъ былъ завѣщанъ Византіи законодательствомъ Рима, ничего общаго не имѣетъ съ наслѣдованіемъ по закону и съ необходимымъ наслѣдованіемъ, и примѣняетъ правило фалкидіевой части къ порядку законнаго наслѣдованія. Въ греко-римскомъ правѣ значеніе pars Falcidia, какъ ограниченіе права установленія легатовъ при *завѣщаніи*, отходитъ на заднiй планъ, и понятіе фалкидіевой части сливается съ понятіемъ обязательной *наслѣдственной* доли—portio legitima.

И та, и другая именуются въ источникахъ νόμιμος μοῖρα *или* Φαλκίδιος, и 18-я новелла Юстиніана, по справедливому указанію Цахаріэ фонъ Лингенталь, относится не только къ первой, но и распространяется на вторую [1]). Такимъ образомъ, въ греко-римскомъ и бессарабскомъ правѣ понятія νόμιμος μοῖρα (законная доля), Φαλκίδιος и τρίτον (треть) являются синонимами [2]).

Доничъ, тит. 35, 7;

Отецъ, по выдѣлѣ приданаго женѣ своей и предбрачныхъ ея подарковъ, а также и долговъ, воленъ оставить дѣтямъ своимъ, если ихъ болѣе четырехъ, половину имѣнія своего; если менѣе четырехъ, *то третію часть, и сія есть законная часть дѣтей (которая по закону именуется фалкидіонъ)* [3]), остальнымъ же имѣніемъ своимъ можетъ располагать по своей волѣ.

Итакъ подъ фалкидіемъ или фалкидіономъ мѣстные за-

---

[1]) Zachariä von Lingenthal, Geschichte des Griechisch-Römischen Rechts, 3-e Aufl. Berlin 1892, S. 203.

[2]) Ср. Prochiron, XXXII, 2; Basil., X, 36, 2, XI, 2, 17 schol. 2, XLI 1, 1; Ecloga privata aucta, VII, 6, 7; Epanagoge, XXXVI, 2; Synopsis Minor, K, 13, Φ, 1, Harmenopulo, V, 8, 2, 9, 3 (русск. изд. 1831 г. стр. 92, 118); Доничъ, 35, 7 и пр. Но на ряду съ этимъ Шестикнижіе употребляетъ, однако, терминъ фалкидіона и для обозначенія римской pars Falcidia. Такъ: если наслѣдникъ не сдѣлаетъ описи цѣлому имуществу отца, то не можетъ удержать *фалкидій*, а долженъ сполна удовлетворить *легатаріевъ*... Если наслѣдникъ по незнанію обманулся и не удержалъ *фалкидіона*, выдалъ *легатаріямъ* болѣе, нежели имъ слѣдовало, то онъ получаетъ обратно, что излишнее далъ... (Арм. кн. V, тит. IX, стр. 125). Ср. рѣш. Гр. Касс. Деп. 1885 г. № 59.

[3]) Фалкидіонъ и фалкидій—понятія тождественныя. Кажущееся различіе, дѣлаемое Арменопуло (стр. 119), ни на чемъ не основано. Слова „которая называется *Фалкидіономъ*" прибавлены Арменопуло. Ихъ нѣтъ въ подлинникѣ (Harmenopulo lib. V, tit. IX, 4). Harm. цитируется по изд. Геймбаха, Lipsiae 1841.

коны Бессарабіи разумѣютъ преимущественно нѣкоторую часть имущества завѣщателя, которою онъ не въ правѣ распорядиться и которая должна перейти къ его законнымъ наслѣдникамъ.

Мы уже говорили выше, что часть эта составляетъ либо треть, либо половину имущества завѣщателя.

Арм. кн. V, тит. IX (ч. 2 стр. 118):

Фалкидій, въ случаѣ, когда есть не болѣе четырехъ дѣтей, есть треть цѣлаго чистаго имущества; въ случаѣ же, если есть болѣе четырехъ дѣтей,— половина.

Тамъ же:

Можно отказывать до восьми унцій; ибо остальныя четыре унціи, т. е. треть имущества, должно беречь для наслѣдника.

Такимъ образомъ, фалкидіева часть установлена въ пользу наслѣдниковъ въ размѣрѣ одной трети; для прямыхъ нисходящихъ она можетъ быть доведена до одной половины, если ихъ болѣе четырехъ.

Что фалкидій установленъ и для восходящихъ наслѣдниковъ, непосредственно предусмотрѣно закономъ:

Арм. тамъ же, стр. 121:

Дитя, умирая бездѣтнымъ, также обязано оставить родителямъ фалкидій.

Прямого указанія на право боковыхъ родственниковъ на фалкидій нѣтъ въ Шестикнижіи, но право это несомнѣнно устанавливается a contrario въ силу слѣдующихъ соображеній.

Обойденному завѣщателемъ наслѣднику, лишенному причитающейся ему законной доли, принадлежитъ право иска. Этотъ послѣдній имѣетъ своимъ предметомъ либо уничтоженіе завѣщанія (querella inofficiosi testamenti), если наслѣдникъ совершенно обойденъ, либо — довзысканіе до полной суммы причитающагося фалкидія, если наслѣднику оставлено меньше слѣдуемаго ему (actio ad supplendam legitimam).

Понятно, что въ правѣ на искъ (безразлично—тотъ или другой) implicite содержится и право на фалкидій. Кто не имѣетъ права на искъ, тотъ, стало быть, не имѣетъ и права на фалкидій; и наоборотъ: право на искъ есть результатъ права на фалкидій.

По этому вопросу читаемъ:

Арм. кн. V, тит. VI (ч. 2, стр. 90).

Родители, *дѣти и братья* имѣютъ право жаловаться на несправедливость завѣщанія, *а не другіе родственники* [1]...

и

Доничъ, тит. 35,17:

Родители, *дѣти и братья* могутъ чинить искъ противъ завѣщанія, *но не прочіе родственники* [2]).

Бессарабское право знаетъ, стало быть, фалкидій для нисходящихъ, восходящихъ и братьевъ (и сестеръ), при чемъ для первыхъ размѣръ его колеблется въ зависимости отъ числа нисходящихъ: при четырехъ онъ составляетъ $^1/_3$, при пяти и болѣе—$^1/_2$. Чего?—Имущества завѣщателя. Всего ли?

Обратимся къ разрѣшенію этого вопроса.

Прежде всего надлежитъ замѣтить, что подъ имуществомъ должно разумѣть „чистое", т. е. освобожденное отъ долговъ.

Арм. кн. V, тит. IX, стр. 118:

Фалкидій, въ случаѣ, когда есть не болѣе четырехъ дѣтей, есть треть цѣлаго *чистаго* имущества.

Законъ содержитъ и указаніе способа опредѣленія чистаго имущества:

Арм. тамъ же, стр. 119:

При фалкидіи должно прежде всего вычесть долги умершаго, издержки погребенія и цѣну отпущенныхъ на волю рабовъ; остальное почитается чистымъ имуществомъ...

и

Доничъ, тит. 35,7:

Отецъ, по выдѣлѣ приданаго женѣ своей и предбрачныхъ ея

---

[1]) Курсивъ—мой.

[2]) Слѣдуетъ замѣтить, что братья имѣютъ лишь условное право на оспариваніе завѣщанія—въ тѣхъ только случаяхъ, когда имущество завѣщателемъ завѣщано помимо нихъ лицу безчестнаго званія (persona turpis). Арм. тамъ же, стр. 90. Родители, имѣя безусловное право на querella inofficiosi testamenti, имѣютъ на actio ad supplendam legitimam лишь условное право—когда недоданное имъ завѣщателемъ не оставлено святымъ обителямъ (Доничъ, тит. 35,3). Я не останавливаюсь здѣсь на правѣ патрона на фалкидій послѣ смерти раба, отпущеннаго на волю (Арм. стр. 122), за отсутствіемъ какого бы то ни было въ этомъ практическаго интереса. Вопросу же о правѣ внѣбрачныхъ дѣтей на фалкидій послѣ ихъ естественныхъ родителей и этихъ послѣднихъ послѣ первыхъ я удѣляю мѣсто въ очеркахъ о наслѣдованіи незаконнорожденныхъ дѣтей.

подарковъ, а также и долговъ, воленъ оставить дѣтямъ своимъ, если ихъ болѣе четырехъ, половину имѣнія своего...

Такимъ образомъ, прежде всего, изъ наличнаго имущества завѣщателя надлежитъ вычесть всѣ его долги, и изъ одного лишь чистаго имущества выдѣляется фалкидіонъ. По отношенію къ нисходящимъ вопросъ представляется исчерпаннымъ. Все чистое имущество является дѣлимымъ: дѣлителемъ служитъ 2 или 3, смотря по тому, пятеро ли дѣтей у завѣщателя или менѣе. Такъ какъ при наслѣдованіи по закону наслѣдники—нисходящіе получили бы *все* имущество наслѣдодателя *въ полнэмъ его объемѣ* (конечно, за вычетомъ долговъ, за которые они отвѣчаютъ), то причитающаяся имъ на основаніи закона фалкидіева часть *является частью слѣдовавшаго имъ въ порядкѣ законнаго наслѣдованія имущества.* При пятерыхъ дѣтяхъ каждое получило бы въ порядкѣ наслѣдованія по закону $^1/_5$ всего имущества отца. При наличности завѣщанія фалкидіевъ законъ обезпечиваетъ каждому $^1/_5$ *половины* имущества, т. е. $^1/_{10}$. Фалкидіева часть *меньше* той части, которая слѣдовала бы въ порядкѣ законнаго наслѣдованія. При четырехъ дѣтяхъ она составитъ $^1/_4$ одной трети (неотчуждаемой), т. е. $^1/_{12}$ имущества отца, въ то время какъ наслѣдственная часть составляетъ $^1/_4$. Въ приведенныхъ случаяхъ то имущество, изъ котораго вычисляется фалкидій, т. е. все чистое имущество отца, есть вмѣстѣ съ тѣмъ и то имущество, которое при наслѣдованіи по закону составило бы предметъ наслѣдованія. Оба комплекса имущественныхъ правъ тождественны. Нельзя поэтому изъ анализа приведенныхъ случаевъ разрѣшить вопросъ: изъ какого же именно имущества вычисляется фалкидій. Но одно безспорно: фалкидіева часть меньше той, которую нисходящій получилъ бы въ порядкѣ законнаго наслѣдованія.

Обратимся къ праву восходящихъ на фалкидій.

Арм. кн. V, тит. IX, стр. 121 гласитъ:

Дитя, умирая бездѣтнымъ, также обязано оставить родителямъ фалкидій, *т. е. треть своего имущества* [1]).

[1]) Курсивъ въ приведенныхъ ниже правоположеніяхъ—всюду мой.

Тамъ же, ниже:

> Въ случаѣ смерти дочери бездѣтною съ завѣщаніемъ, также представилось сомнѣніе касательно договора о приданомъ; Магистръ присудилъ, изъ жалости къ отцу, получить не третью часть приданаго, *а треть цѣлаго имущества.*

Казалось бы, что категоричность редакціи приведенныхъ нормъ не оставляетъ никакого сомнѣнія въ томъ, что причитающаяся по закону родителямъ фалкидіева часть составляетъ одну треть всего (разумѣется—чистаго) имущества умершаго ребенка. Однако, допущеніе такого положенія приведетъ насъ къ явному абсурду. Въ самомъ дѣлѣ. Пусть умершій бездѣтнымъ оставилъ послѣ себя отца и четырехъ братьевъ. Умри онъ безъ завѣщанія, родитель его въ порядкѣ законнаго наслѣдованія получилъ бы $^1/_5$, ибо по бессарабскому праву восходящіе наслѣдуютъ, какъ извѣстно, наравнѣ съ братьями и сестрами (Доничъ, тит. 37,5), согласно извѣстнымъ мнемоническимъ стихамъ:

> Descendens omnis succedit in ordine primo;
> Ascendens propior, germanus, filius ejus...

Между тѣмъ умершій оставилъ завѣщаніе, въ которомъ онъ, все оставивъ братьямъ, совершенно обошелъ своего родителя. Этотъ послѣдній, какъ мы видѣли выше, имѣетъ право иска. На что?—На возстановленіе своихъ правъ. Въ чемъ же они заключаются съ точки зрѣнія закона?—Въ полученіи фалкидія, ибо нарушеніе правъ родителя въ томъ и заключалось, что завѣщатель, въ нарушеніе его интересовъ, позволилъ себѣ распорядиться нѣкоторой неотчуждаемой частью своего имущества, обезпечивающей право родителя. Если допустить, что родитель имѣетъ право на фалкидій, составляющій $^1/_3$ *всего* имущества умершаго ребенка, то окажется, что онъ получитъ *больше* того, на что онъ имѣлъ бы право при наслѣдованіи по закону. Въ этомъ послѣднемъ порядкѣ отецъ, какъ мы видѣли, получилъ бы $^1/_5$. Она ему не дана, его права нарушены. Его защищаетъ законъ, дающій ему право иска. Отецъ ищетъ и получаетъ... $^1/_3$. За что же такая премія. Какимъ образомъ нарушеніе моихъ правъ становится для меня источникомъ моего обогащенія? И за

что братья мои пострадаютъ? Ибо, если отецъ получитъ $^1/_3$, то на долю четырехъ братьевъ останется всего $^2/_3$, т. е. каждому всего лишь $^1/_6$ вмѣсто слѣдующей имъ по закону $^1/_5$. За то, очевидно, что я ихъ любилъ, законъ ихъ накажетъ. Явный nonsens! Пойдемъ дальше. Я совсѣмъ обошелъ не только отца, но и братьевъ, оставивъ все имущество постороннему. Если по иску всѣхъ наслѣдниковъ объ уничтоженіи завѣщанія таковое будетъ уничтожено въ полномъ объемѣ, то въ результатѣ отецъ и братья получатъ, каждый, по $^1/_5$. Почему же въ данномъ случаѣ отецъ получитъ менѣе той $^1/_3$, которую онъ получилъ бы въ первомъ случаѣ, когда онъ также былъ обойденъ, но братья только не были обойдены. Ужъ не потому ли права отца уменьшились, что у него оказались собратья по несчастью?

Очевидно, нѣтъ.

Да и въ Шестикнижіи въ непосредственномъ сосѣдствѣ съ приведенными законоположеніями читаемъ:

Арм. тамъ же:

> Въ титулѣ о наслѣдствѣ онъ [1]) ясно говоритъ о побочныхъ дѣтяхъ: когда завѣщатель имѣетъ *восходящихъ родственниковъ или другихъ, которымъ обязанъ по законамъ оставить третью часть своего имущества, остальныя двѣ трети онъ можетъ оставить побочнымъ своимъ дѣтямъ*,

т. е.

лишь одной третью своего имущества завѣщатель не долженъ и не можетъ распорядиться. Эта третья часть есть тотъ неотчуждаемый фондъ, который обезпечиваетъ право законныхъ наслѣдниковъ,—*и притомъ всѣхъ*. Каждый изъ нихъ можетъ, стало быть, изъ этого неотчуждаемаго фонда получить лишь выпадающую на его долю часть, а эта послѣдняя опредѣляется его относительной законной наслѣдственной долей. Въ приведенномъ случаѣ отца и четырехъ братьевъ наслѣдственная доля отца въ порядкѣ законнаго наслѣдованія выразится $^1/_5$. Онъ, стало быть, имѣетъ право на $^1/_5$ неотчуждаемаго фонда, установленнаго въ его *съ прочими на-*

---

[1]) Т. е. Магистръ—Евстафій Римлянинъ, авторъ руководства „Πεῖρα"; ср. мое „Приданое", стр. 9.

слѣдниками интересахъ, ибо ему *совокупно со всѣми другими* наслѣдниками принадлежитъ право на этотъ фондъ. Лично онъ можетъ изъ него требовать въ свою пользу лишь $^1/_5$. Имѣя право на $^1/_5$ этой трети или на $^1/_3$ (фалкидіеву) своей $^1/_5$ (наслѣдственной доли), отецъ получаетъ $^1/_{15}$, т. е. меньше того, что онъ получилъ бы въ порядкѣ законнаго наслѣдованія,—и притомъ въ три раза, точно такъ же, какъ и нисходящіе получаютъ *всѣ вмѣстѣ* $^1/_3$ всего того имущества, которое они получили бы въ порядкѣ законнаго наслѣдованія (а если ихъ болѣе 4, то $^1/_2$). Единственный же сынъ, обойденный своимъ отцомъ завѣщаніи, можетъ получить $^1/_3$ *всего* имущества отца, ибо *все* это имущество составило бы въ порядкѣ законнаго наслѣдованія его наслѣдственную долю.

Можетъ возникнуть вопросъ, въ правѣ ли наслѣдники по завѣщанію притязать и на право участія въ дѣлежѣ фалкидіона; не исключаются ли они изъ сего послѣдняго, и не окажется ли въ результатѣ, что обойденный наслѣдникъ не совокупно съ ними, а *самостоятельно*, получитъ фалкидій.

Вопросъ этотъ надлежитъ разрѣшить въ смыслѣ *признанія за наслѣдникомъ по завѣщанію права и на причитающуюся ему часть фалкидія.*

Арм. кн. V, тит. IX, стр. 119:

.... Когда есть двое сыновей, изъ которыхъ одинъ учрежденъ наслѣдникомъ, а другой имѣетъ получить только изъ фалкидіона, то учрежденный наслѣдникомъ сынъ, какъ наслѣдникъ, получаетъ цѣлое имущество отца [1]), *а, какъ сынъ, дѣлитъ фалкидіонъ съ другимъ сыномъ, т. е. братомъ своимъ* [2]), ибо отецъ могъ бы учредить наслѣдникомъ и постороннее лицо, подобно какъ учредилъ сына, напр. [3]): имѣлъ я троихъ сыновей; Петра, Павла и Ивана; далъ Петру десять литръ, Павлу шесть, и при смерти учредилъ Петра наслѣдникомъ, предписывая ему дать Ивану одну литру, Иванъ же требуетъ фалкидій; въ такомъ случаѣ должно счесть все вмѣстѣ, т. е. и десять литръ,

---

[1]) Т. е. все, ему завѣщанное; конечно, если оно не захватываетъ неподлежащей отчужденію части.

[2]) Курсивъ мой. Въ подлинникѣ та же мысль изложена короче: Falcidiam aequaliter partiuntur et qui heres est, et qui Falcidia utitur. Harm. lib. V, tit. IX, 5.

[3]) Конецъ приводимаго отрывка отъ слова „наприм.“—схолія. Ср. Harm. p. 666, e.

и шесть, и прочее имущество, положимъ, восемь литръ, и составить цѣлое изъ двадцати четырехъ литръ; отъ сего отдѣляются десять литръ для Петра, шесть для Павла, *остальныя же восемь (т. е. треть 24-хъ литръ) дѣлятъ всѣ три брата между собою*; ибо фалкидій, въ случаѣ, когда дѣтей четверо или менѣе, состоитъ изъ трети чистаго имущества, а, когда болѣе четырехъ дѣтей, изъ половины онаго.

Схоліастъ приводитъ примѣръ, гдѣ завѣщательныя распоряженія отца не вышли за предѣлы его правъ, ибо отчужденія не превысили $^2/_3$ всего имущества. Неотчуждаемая часть сего послѣдняго, въ виду того, что дѣтей трое, составляетъ, вѣдь, одну треть. Вопросъ о томъ, кому завѣщаны эти двѣ трети, схоліастъ совершенно правильно считаетъ безразличнымъ. Право дѣтей на фалкидій не находится въ зависимости отъ этого вопроса, ибо отецъ могъ, вѣдь, завѣщать и постороннему. Но одному изъ сыновей, Ивану, отецъ завѣщалъ 1 литру. Это неправильно, *ибо 1 литра менѣе слѣдуемаго сыну фалкидіона*. Весь фалкидій составляетъ $^1/_3$ всего имущества, т. е. 8 литръ, сыновей трое, а потому каждый въ правѣ требовать, чтобы ему было завѣщано не менѣе $^8/_3$, или $2^2/_3$ литръ. Получивъ меньше, Иванъ и требуетъ фалкидій.

Остается разъяснить, почему содержащіяся въ Шестикнижіи вышеприведенныя нормы, дающія поводъ къ ненадлежащему толкованію, выражены такъ обще и въ столь категоричной формѣ. Обращеніе къ подлиннику (Harm. l. V. t. X, 10, 11) не способно разъяснить недоумѣнія, такъ какъ переводъ сдѣланъ безъ существенныхъ неправильностей. Поэтому надлежитъ обратиться къ источнику. Таковымъ, какъ видно изъ ссылокъ Арменопуло на Магистра, является Πεῖρα, т. е. „Опытъ" Евстафія Римлянина. „Опытъ" этотъ, какъ извѣстно,—сборникъ рѣшеній по отдѣльнымъ вопросамъ практической юриспруденціи. Дѣйствительно, въ немъ (XXV, 65 и 76) находятся два отрывка, непосредственнымъ заимствованіемъ изъ которыхъ являются интересующія насъ правоположенія.

Въ этихъ отрывкахъ излагается слѣдующій казусъ. Отецъ выговорилъ себѣ въ договорѣ о приданомъ право на воз-

вратъ таковаго на случай безпотомной смерти дочери въ бракѣ. Между тѣмъ раньше дочери умеръ ея мужъ, а затѣмъ умерла и дочь безпотомно, не вступивъ въ новый бракъ и оставивъ духовное завѣщаніе. *Никакихъ другихъ споровъ и притязаній на имущество дочери ни съ чьей стороны заявлено не было.* Интересъ вопроса, подлежавшаго разрѣшенію Магистра, заключался вовсе не въ томъ, какъ вычисляется фалкидій (да не о томъ вовсе трактуетъ соотвѣтствующій титулъ Пиры), а въ слѣдующемъ. Отецъ требовалъ возврата *приданаго въ полномъ его объемѣ* (а не 1/3 его) на основаніи договора (а не на основаніи фалкидіева закона). Магистръ же говоритъ: такъ какъ дочь умерла не въ бракѣ, а по прекращеніи таковаго (смертью мужа), и не вступила во второй бракъ, *сохранивъ тѣмъ не менѣе приданое до своей смерти*, то о приданомъ, *какъ таковомъ*, не можетъ быть рѣчи. Приданое сливается со всѣмъ прочимъ ея имуществомъ, изъ котораго отецъ имѣетъ получить фалкидій. А такъ какъ въ данномъ случаѣ отецъ являлся единственнымъ наслѣдникомъ и въ порядкѣ наслѣдованія по закону получилъ бы *все имущество* дочери, то его фалкидіонъ и составляетъ одну треть *этого всего имущества.*

Въ титулѣ же о фалкидіи (XLI) Магистръ устанавливаетъ полную тождественность правъ дѣтей на фалкидій послѣ родителей съ правами родителей послѣ дѣтей (с. 12).

Такимъ образомъ, общность редакціи приведенныхъ положеній является результатомъ неумѣлаго заимствованія, столь часто встрѣчающагося въ Шестикнижіи. Въ погонѣ за полнотой матеріала, а на ряду съ этимъ и возможной краткостью, Арменопуло, черпая изъ всѣхъ источниковъ, отрываетъ зачастую тотъ или другой выводъ отъ породившей его species facti, почему только путемъ выясненія этой послѣдней становится возможнымъ возстановить надлежащее значеніе тезиса.

Мы имѣемъ теперь возможность дополнить данное выше опредѣленіе фалкидіона введеніемъ въ него всѣхъ признаковъ.

Фалкидіонъ есть нѣкоторая (1/3 или 1/2) часть имущества завѣщателя, которою онъ не въ правѣ распорядиться и ко-

торая должна перейти къ нѣкоторымъ изъ его наслѣдниковъ по закону (нисходящимъ, восходящимъ, братьямъ и сестрамъ); для каждаго изъ нихъ фалкидіонъ есть часть того имущества завѣщателя, которое каждый получилъ бы въ порядкѣ наслѣдованія по закону, т. е. portio portionis ab intestato debitae (C. I. 8 § 8 II. 5, 2) или часть слѣдуемой ему въ порядкѣ законнаго наслѣдованія доли.

II.

До какой степени можно наслѣдовать въ боковой линіи.

Арменопуло, кн. V, тит. 8, (ч. 2, стр. 95) [1]).

Если не существуетъ родныхъ братьевъ или дѣтей родныхъ братьевъ, то и братья отъ разныхъ родителей призываются къ наслѣдству своего брата, происходящаго отъ другого отца или другой матери.

Когда нѣтъ брата или дѣтей брата, призываются къ наслѣдству прочіе боковые родственники, ближайшіе по степени, и, ежели нѣсколько изъ нихъ будутъ одной степени, то всѣ наслѣдуютъ поровну.

Изъ приведеннаго отрывка явствуетъ, что порядокъ наслѣдованія нормированъ согласно Nov. 118 и 127, правила которыхъ выражены въ мнемоническихъ стихахъ:

.... Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus:
Hi cuncti in stirpes succedunt, in capita autem
Iuncti ascendentes, fratrum proles quoque sola;
Denique proximior reliquorum q u i s q u e s u p e r s t e s.

Такимъ образомъ, въ послѣднемъ, четвертомъ, классѣ призываются къ наслѣдству *всякіе* находящіеся въ живыхъ родственники наслѣдодателя, разумѣется, съ соблюденіемъ successio graduum. Въ этомъ отношеніи право наслѣдованія, установленное 118 и 127 новеллами Юстиніана, не возбуждаетъ никакого сомнѣнія. За отсутствіемъ какихъ бы то

---

[1]) Я цитирую по изданію 1831 г. Подъ литерами H. H. разумѣется Harmenopuli Hexabiblos изд. Геймбаха (Lipsiae 1851). Ср. мое „Приданое", стр. 10.



ни было ограниченій степеней родства, поставленный въ заголовкѣ настоящаго очерка вопросъ долженъ былъ бы, казалось, быть отнесенъ къ числу праздныхъ вопросовъ, ибо lege non distinguente nec nos distinguimus.

Дальнѣйшее чтеніе Шестикнижія наводитъ, однако, на размышленія.

Арменопуло тамъ же, стр. 96 [1]), гласитъ:

При недостаткѣ ближняго родственника, призываются къ наслѣдству *и осьмой степени* [2]) родственники, сообразно съ закономъ, который говоритъ, что родственнику восьмой степени, *вступившему* [3]) въ наслѣдство, законъ помогаетъ [4]).

При отсутствіи какихъ бы то ни было ограниченій въ приведенныхъ выше положеніяхъ только что цитированное мѣсто— „призываются родственники и осьмой степени"—представляется страннымъ по своей безцѣльности, ибо, если наслѣдуетъ quisque superstes, то, стало быть, и родственники восьмой, и даже восемьдесятъ восьмой степени.

Какъ же понимать настоящее указаніе?—Какъ ограниченіе порядка степеней въ смыслѣ указанія восьмой степени, *какъ предѣльной*, призываемой къ наслѣдству, или же какъ подкрѣпленіе общаго правила отсутствія ограниченія указаніемъ на частный примѣръ, что *даже* и осьмая степень призывается къ наслѣдованію? Но въ семъ послѣднемъ случаѣ, почему указана именно *восьмая* степень, а не какая-либо другая? Случайно ли или намѣренно?

Одного обращенія къ подлиннику Шестикнижія недостаточно для устраненія возникшаго недоразумѣнія. У Арменопуло (H. H. lib. V, tit. 8, c. 17) читаемъ:

И восьмой степени родственникъ—за отсутствіемъ болѣе близ-

---

[1]) H. H. lib. V, tit. 8, c. 17.

[2]) Курсивъ—мой.

[3]) На поляхъ: хотя бы онъ и не вступилъ.

[4]) Приведенный отрывокъ давалъ до сихъ поръ основаніе утверждать, что „родственная связь до восьмой степени служитъ основаніемъ къ призванію къ наслѣдственнымъ правамъ" (Шимановскій, О мѣстныхъ законахъ Бессарабіи, вып. II, Одесса 1888, стр. 104). Мы постараемся доказать въ дальнѣйшемъ полную неосновательность такого утвержденія.

кихъ —призывается къ наслѣдству согласно закону, постановляющему: и восьмой степени родственникъ—если даже не вступитъ въ наслѣдство —пользуется помощью закона [1]).

О какомъ же законѣ говоритъ Арменопуло, предоставляющемъ свою защиту родственнику и восьмой степени?

Слѣдуя принятой провѣркѣ текстовъ, обратимся къ источнику приведеннаго правоположенія.

Таковымъ является th. 14 Basil. XLV, 2, гласящая:

Восьмой степени родственникъ, даже если не вступитъ въ наслѣдство, пользуется защитой закона [2]).

Самый текстъ приведенной нормы такъ же мало способенъ разрѣшить интересующій насъ вопросъ, какъ и вышеуказанное мѣсто Шестикнижія.

Обратимся къ схоліи къ разсматриваемому положенію [3]). Она гласитъ:

Восьмой степени законный родственникъ [4]), въ силу этой именно законности, если бы даже и не вступилъ въ наслѣдство, тѣмъ не менѣе въ правѣ требовать (bonorum possessio) unde legitimi. Напротивъ того, когнатъ восьмой степени, если не вступитъ, не можетъ требовать (bonorum possessio) unde cognati, такъ какъ (bonorum possessio) unde cognati дается только до шестой степени и двумъ только лицамъ седьмой степени.

Приведенная схолія чрезвычайно поучительна. Изъ нея прежде всего явствуетъ, что законъ, который помогаетъ, есть не что иное, какъ bonorum possessio unde legitimi. Изъ нея далѣе видно, что весь отрывокъ, заимствованный изъ l. 9 pr. D. 38, 8 (unde cognati) [5]), имѣетъ своимъ предме-

---

[1]) Я нарочито перевожу буквально безъ измѣненія порядка словъ.

[2]) Мѣсто это буквально повторяетъ Πεῖρα XLVIII, 6; ср. Πεῖρα XLIX, 30 и LIV, 9.

[3]) О значеніи схолій къ Василикамъ ср. Азаревичъ, Исторія византійскаго права, ч. II, стр. 256. Ярославль 1877.

[4]) Какъ видно изъ дальнѣйшаго противоположенія, рѣчь идетъ объ агнатѣ. Такъ переводитъ и Геймбахъ. Ср. Basil. libri LX, T. IV Lipsiae 1846, p. 508.

[5]) Ср. § 5 I, 3, 5, (de successione cognatorum), § 3 J. 3, 2 (de legitima agnatorum successione), l. 2 § 1, D, 38, 16 (de suis et legitimis).

томъ неотносимость ограниченій, имѣющихъ мѣсто при bonorum possessio *unde cognati* [1]), къ bonorum possessio *unde legitimi* и противоположеніе когнатическаго и агнатическаго родства. Но, такъ какъ Юстиніаново право уже не знало различія между тѣмъ и другимъ, то и весь отрывокъ никакого интереса и значенія не представляетъ, равно какъ и не разрѣшаетъ главнаго вопроса о томъ, знаетъ ли Бессарабское право ограниченіе степеней родства призываемыхъ къ наслѣдованію въ боковыхъ линіяхъ.

Итакъ, установлено, что заимствованное Константиномъ Арменопуло мѣсто о призывѣ къ наслѣдованію родственниковъ и восьмой степени въ боковыхъ линіяхъ никакого отношенія по своему происхожденію къ ограниченію правъ наслѣдованія боковыхъ родственниковъ въ Юстиніановомъ правѣ не имѣетъ, а потому a fortiori не можетъ претендовать на какое бы то ни было значеніе въ византійскомъ правѣ, поскольку оно не имѣетъ самостоятельной точки опоры въ греко-римскомъ законодательствѣ.

Какъ извѣстно, въ 118 и 127 новеллахъ Юстиніанъ кореннымъ образомъ порвалъ съ существовавшимъ до него порядкомъ наслѣдованія. Новеллы эти до такой степени далеки отъ точки зрѣнія прежняго римскаго права, что привлеченіе началъ этого послѣдняго для толкованія нормъ означенныхъ новеллъ современной наукой рѣшительно не допускается [2]).

Въ новеллахъ этихъ никакихъ ограниченій въ смыслѣ указанія предѣльной степени въ боковой линіи не содержится. Когда начала Юстиніанова права стали покрываться наслоеніями обычнаго и церковнаго права, нашедшими себѣ выраженіе въ Эклогѣ, то отъ законодательства этой послѣд-

---

[1]) Ограниченія эти состояли, какъ извѣстно и какъ отчасти видно изъ приведенной схоліи, въ томъ, что за пропускомъ agnitio b. p. лицами второго класса или за полнымъ ихъ отсутствіемъ, преторъ призывалъ къ наслѣдованію въ третьемъ классѣ когнатовъ до шестой степени включительно, а отъ седьмой степени только sobrino sobrinave natus. (Это и есть тѣ два лица, о которыхъ говоритъ схоліастъ).

[2]) Ср. Dernburg, Pandekten., 6 Aufl. 3 Bd. Berlin 1901, S. 258, 259.

ней всего менѣе можно было ожидать ограниченія правъ кровныхъ родственниковъ. И дѣйствительно, Эклога призываетъ къ наслѣдованію въ пятомъ классѣ установленнаго ею порядка наслѣдованія *всѣхъ прочихъ* наслѣдниковъ въ порядкѣ близости степеней безъ всякаго ограниченія [1]). Къ концу IX вѣка начала Эклоги въ области наслѣдственнаго права утрачиваютъ всякое значеніе съ возстановленіемъ началъ Юстиніанова права, которое, однако,—и этого нельзя упускать изъ виду въ отношеніи порядка наслѣдованія,—*само знаменуетъ разрывъ съ прошлымъ* и зиждется на *новомъ*, христіанскомъ правосознаніи. Это возстановленное наслѣдственное право освящено Прохирономъ (t. XXX, cap. 2—10, 19) Эпанагогой (t. XXXIII) и Василиками (l. XLV).

По вопросу о наслѣдованіи въ боковыхъ линіяхъ въ Прохиронѣ (Proch., t. XXX, c. 10) читаемъ:

> Fratre non extante neque fratris filio, reliqui ex transverso cognati vocantur, scilicet qui gradu proximiores sunt. Et si plures ejusdem gradus inventi fuerint, virilium portionum heredes erunt.

Эпанагога (tit. XXXIII, c. 21) буквально воспроизводитъ приведенную главу Прохирона, равно какъ и выписанный въ началѣ настоящаго очерка отрывокъ Шестикнижія.

Наконецъ, въ Василикахъ содержится то же положеніе безъ указанія на какое бы то ни было ограниченіе.

Basil. XLV, III, 8 (p. 525).

> ...Sin autem neque fratres, neque fratrum filios, ut diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps ex latere cognatos ad hereditatem vocamus, secundum uniuscujusque gradus praerogativam, ut gradu propiores ipsi reliquis praeponantur. Sed si multi ejusdem gradus inveniantur, pro numero personarum inter eos hereditas dividetur, quod in capita nostrae leges appellant [2]).

А схоліастъ прибавляетъ:

Sch. 9:

> Si frater non extet, fratris filius, ceteri ex latere cognat vocantur, gradu tamen propiores. Et si multi ejusdem gradus inveniantur, in capita succedunt.

---

[1]) Нѣкоторое отступленіе отъ началъ „семейнаго“ интереса, встрѣчающееся въ Эклогѣ и подчеркиваемое Цахаріэ (Gesch. d Griech.—Röm. R. 3 Aufl. Berlin 1892, S. 136, 138), установленное въ пользу церкви, объясняется именно вліяніемъ этой послѣдней. Нашего вопроса оно не касается.

[2]) Ср. Synopsis Major, K, XVI 39, p. 428.

Такимъ образомъ, византійское право неизмѣнно повторяло положенія 118 и 127 новеллъ Юстиніана, не зная никакихъ ограниченій степеней при наслѣдованіи боковыхъ линій. Съ теченіемъ времени положенія эти существенныхъ измѣненій не претерпѣли. На одномъ изъ такихъ несущественныхъ измѣненій слѣдуетъ, однако, остановиться, ибо въ немъ принципіально высказался взглядъ законодателя на отсутствіе у отдаленныхъ родственниковъ *нравственнаго* права на наслѣдство. Такое отношеніе законодателя не привело, однако, къ устраненію отдаленныхъ родственниковъ отъ наслѣдства, а лишь къ обязанію ихъ удѣлять одну треть наслѣдственнаго имущества на поминовеніе души усопшаго. То, что для *нисходящаго* наслѣдника было *нравственно-религіозной обязанностью*, сдѣлалось для *отдаленнаго боковою* родственника *юридически обязательнымъ* путемъ назначенія ему въ сонаслѣдники къ $^1/_3$ части наслѣдственнаго имущества церквей и монастырей, получавшихъ означенную $^1/_3$ на покрытіе расходовъ и въ вознагражденіе за совершеніе литургій, а отчасти для раздачи бѣднымъ [1]). Впервые въ общей формѣ означенное ограниченіе встрѣчается въ новеллѣ Константина Порфиророднаго [2]), въ которой говорится, что на случай смерти кого-либо безъ завѣщанія и безпотомно, третья часть его имущества должна отойти церкви на поминовеніе его души, родственникъ же или казна наслѣдуютъ лишь въ $^2/_3$.

Въ такомъ видѣ указанное ограниченіе извѣстно и Магистру (Евстафію Римлянину), слова котораго [3]) дословно воспроизводитъ и Шестикнижіе въ двухъ мѣстахъ:

Арменопуло, кн. I, т. 18 (ч. I, стр. 106).

(Н. Н. I, 18, 22):

Когда кто умретъ безъ завѣщанія и оставитъ по себѣ боковыхъ родственниковъ, а также оставитъ и рабовъ: тогда рабы получаютъ

---

[1]) См. Zachariae, op. cit. p. 140.

[2]) Zachariae, Jus Graeco-Romanum, pars III, Lips. 1857, pag. 276. Coll. II Nov. XII Imp. Constantini Porphyrogeniti, „ut si quis intestatus sine liberis successereit, tertia bonorum Deo consecretur" (Inter 945—959).

[3]) Πεῖρα XLVIII, 1. Ср. XIV, 6, 23; XLVIII, 3, 10, 11; LIV, 10. Цахаріэ совершенно справедливо указываетъ, что Πεῖρα не ссылается на вышеприведенную новеллу, а основывается на обычаѣ.

вольность, и наслѣдникъ или родственникъ, наслѣдующій безъ завѣщанія, не можетъ удержать ихъ въ рабствѣ. Треть имѣнія по обычаю дается на содержаніе, и цѣна рабовъ отпущенныхъ зачитается сею третью.

Арменопуло кн. V, тит. 8 (ч. 2, стр. 110—111).
(Н. Н. V, 8, 78):

Если умершій безъ завѣщанія оставитъ послѣ себя боковыхъ родственниковъ, дѣтей [1]), то рабы отпускаются на волю, и наслѣдникъ или родственникъ, наслѣдующій безъ завѣщанія, не можетъ обратить ихъ въ рабство. Притомъ третья часть наслѣдства отдается для души умершаго, и цѣна отпущенныхъ на волю рабовъ включается въ счетъ третьей части [2]).

Такимъ образомъ, греко-римское право не знаетъ ограниченія степеней въ боковыхъ линіяхъ призываемыхъ къ наслѣдству [3]). Мало того: отдѣльныя позднѣйшія новеллы, подходя къ вопросу объ отсутствіи у отдаленныхъ боковыхъ родственниковъ нравственнаго права на наслѣдованіе, не устраняютъ ихъ отъ таковаго, а лишь ограничиваютъ ихъ право $^2/_3$ наслѣдственнаго имущества. Общимъ несомнѣннымъ принципомъ является, слѣдовательно, правило, содержащееся въ Шестикнижіи и почерпнутое изъ 118 и 127 новеллъ Юстиніана, приведенное въ выписанномъ въ началѣ настоящаго очерка отрывкѣ о неограниченномъ призывѣ къ наслѣдованію *всѣхъ* боковыхъ родственниковъ въ порядкѣ близости степеней. Сама по себѣ не устанавливающая ограниченія норма, говорящая о призывѣ родственниковъ и восьмой степени, при ближайшей исторической провѣркѣ своего происхожденія оказывается основанной на архаичномъ для Юстиніанова законодательства правѣ bonorum possessio unde cognati, каковое право окончательно и безповоротно устранено изданіемъ 118 и 127 новеллъ. Какъ имѣющій свои корни въ отжившемъ правѣ, не стоящемъ ни въ какой органической связи съ уста-

---

[1]) Передъ „дѣтей“ пропущено отрицаніе: и нѣтъ. Что вопросъ идетъ о случаѣ, когда наслѣдодатель умеръ бездѣтно, видно изъ дальнѣйшаго текста, а также изъ вышеприведеннаго источника Пиры. Ср. Н. Н. р. 652.

[2]) Ср. Арм. кн. V, тит. 8 (ч. 2, стр. 94)—Новелла Патріарха Аѳанасія—(Н. Н. V, 8, 9) и тамъ же стр. 117;—Новелла Патріарха Аѳанасія—(Н. Н. V, 8, 95).

[3]) Ср. слѣдующее примѣчаніе.

новленнымъ Юстиніаномъ порядкомъ наслѣдованія, отрывокъ о призывѣ боковыхъ родственниковъ и восьмой степени не является ни ограниченіемъ, ни усиленіемъ общаго правила, а лишь однимъ изъ тѣхъ (многочисленныхъ, впрочемъ) началъ, случайно и механически попавшихъ въ огромную сводную работу Василикъ, а оттуда, въ видѣ тезиса, оторваннаго отъ исторической почвы и species facti, перенесенный въ другіе памятники византійскаго права, гдѣ онъ продолжаетъ блуждать подобно „беззаконной кометѣ въ кругу расчисленномъ свѣтилъ“ [1]). По формѣ непонятный, а по содер-

[1]) Цахаріэ (Op. cit. Anmerkung 422) склоненъ, напротивъ, считать приведенный отрывокъ какъ бы подтвержденіемъ общаго правила объ отсутствіи ограниченія: „Die Idee einer Beschränkung der Verwandtensuccession scheint hie und da den byzantinischen Juristen vorgeschwebt zu haben. Die Πεῖρα XLVIII, 6, XLIX, 30, LVI, 9 (und aus ihr Harm. V, 8, 17) hebt daher hervor, dass auch ein Verwandter des achten Grades succedire“. Указаніе на такое ограниченіе встрѣчается въ новеллѣ Константина Порфиророднаго (Zachariae, Jus Graeco-Romanum, pars III, p. 261, Coll. III, Nov. VIII) „de fundis militaribus“ cap. 2. Какъ уже указываетъ самое заглавіе новеллы, она имѣетъ своимъ предметомъ не общіе вопросы порядка наслѣдованія, а нормировку спеціальнаго вопроса объ имуществѣ лицъ военнаго званія. Не безынтересно и то, что новелла эта, заимствованная Арменопуло (H. H. lib. I, tit. XVI, c. 7—9, русск. изд.: кн. I, тит. 16, ч. I стр. 97), перенесена въ Шестикнижіе *въ тѣхъ именно частяхъ, которыя не содержатъ* указаннаго ограниченія. Другое указаніе встрѣчается въ Nov. XIII c. 4 того же Императора „de servis fugitivis aliisque capitulis“, Zachariae, Jus Graeco-Romanum, p. III, p. 280. Въ обоихъ случаяхъ по аналогіи съ преторскимъ эдиктомъ говорится о *седьмой* степени, какъ предѣльной (Cp. Zachariae, Gesch. d. Griech-Röm. R. S. 139 Anm. 400). Но весьма существенно для обнаруженія неустойчивости указаннаго ограничительнаго принципа, что уже въ слѣдующей, 5-й, главѣ той же XIII новеллы, треть имущества наслѣдодателя лишь тогда переходитъ къ „братьямъ во Христѣ“, когда, при отсутствіи *всякихъ* родственниковъ, имущество поступаетъ въ казну (Cp. Zachariae, op. cit. S. 141, Anm. 403). Если же обратиться къ пополненному Прохирону, имѣющему для насъ особенное значеніе, такъ какъ „Prochiron auctum leges ac jura, quae tum temporis, quum auctor viveret (конецъ XIII в. и начало XIV в.), apud juris studiosos ac judices inprimis auctoritate gauderent, praestat“ (Cp. Prochiron auctum, ed. Zachariae въ Jus Graeco-Romanum, pars. VI, p. VI, § 2, а также мое „Приданое“ стр. 8), то мы увидимъ, что этотъ главнѣйшій памятникъ византійскаго права воспользовался приведенными новеллами *лишь въ смыслѣ уменьшенія наслѣдственныхъ правъ боковыхъ родственниковъ на* $^1/_3$, поступающую на спасеніе души. Прохиронъ (Proch. XXX, 56) при этомъ прямо ссылается на означенныя новеллы:

. . . а на основаніи новеллы боковой родственникъ наслѣдуетъ послѣ умер-

жанію непонятый, отрывокъ этотъ ввелъ въ заблужденіе не однихъ только комментаторовъ Шестикнижія, но даже и законодателей. Такъ, въ Узаконеніяхъ, изданныхъ въ 1817 г. Валахскимъ Господаремъ Іоанномъ Караджею, въ титулѣ „о наслѣдствѣ безъ завѣщанія", въ п. 14 содержится правило: всѣ родственники наслѣдуютъ до 8 колѣна родословія [1]).

Норма эта несомнѣнно обязана своимъ происхожденіемъ непонятому отрывку Василикъ. Объяснять ее предположеніемъ о существованіи въ Валахіи особаго обычая по этому вопросу, каковую гипотезу между прочими выставляетъ Цахаріэ [2]), на нашъ взглядъ, не представляется возможнымъ. Достаточно убѣдиться въ томъ, что молдавскій кодексъ, изданный въ Яссахъ *въ то же время* и, внѣ сомнѣнія, *въ той же мѣрѣ* подчинившійся вліянію *тѣхъ же* обычаевъ, содержитъ въ себѣ систему наслѣдованія, *вполнѣ согласную съ выясненными нами общими началами* безъ привнесенія ни на какой нормѣ не основаннаго ограниченія.

Положенія, содержащіяся въ означенномъ Гражданскомъ уложеніи Молдавскаго княжества, представляются особенно интересными для толкователя Шестикнижія, такъ какъ Уложеніе это излагаетъ греко-римское право въ томъ именно видѣ, въ какомъ оно въ дѣйствительности примѣнялось въ Молдавіи и Бессарабіи [3]).

Въ § 915 означеннаго Уложенія содержится перечисленіе четырехъ классовъ наслѣдованія. Послѣдній изъ нихъ озаглавленъ: „Наслѣдованіе ближайшихъ по степени *прочихъ* родственниковъ", а въ § 940, относящемся къ 4 классу,

---

шаго безъ завѣщанія въ двухъ третяхъ, третья же часть отдается для души умершаго.

92-я глава того же титула, какъ содержащая указаніе на bonorum possessio unde vir et uxor, unde cognati и пр., т. е. на порядокъ наслѣдованія, *не имѣвшій мѣста въ Византіи*, не можетъ быть принята во вниманіе.

[1]) Зап. Имп. Одесск. Общ. Ист. и Древн. т. XV.

[2]) Op. cit. p. 144. Цахаріэ допускаетъ также и возможность вліянія „impedimentum matrimonii" между родственниками μεχρὶ τὸν ή βαθμόν, т. е. до 8-й степени.

[3]) Ср. мою книгу „Приданое" § 3, стр. 12.

говорится: за отсутствіемъ родственниковъ третьяго класса, призываются къ наслѣдованію боковые родственники четвертаго класса, изъ коихъ всегда ближайшіе предпочитаются болѣе отдаленнымъ; когда же окажутся многіе одной и той же степени, то всѣ наслѣдуютъ вмѣстѣ per capita,—правило намъ уже знакомое. *Оно то и должно считаться дѣйствующимъ безъ всякихъ ограниченій въ современномъ Бессарабскомъ правѣ* [1]).

Наконецъ, у Донича (тит. 37, 9) читаемъ:

> Если же не будетъ ни нисходящихъ, ни восходящихъ, ни боковыхъ родственниковъ, то наслѣдуютъ двоюродные братья; а когда и ихъ нѣтъ, наслѣдуютъ дѣти ихъ, *если же и сихъ не будетъ, въ такомъ случаѣ вступаетъ въ наслѣдство прочая случившаяся родня, при чемъ однако всегда отдаютъ первенство ближайшимъ колѣнамъ* [2])...

Такимъ образомъ, отсутствіе ограниченій степеней призываемыхъ къ наслѣдованію въ боковыхъ линіяхъ должно считаться безспорно установленнымъ.

III.

Субституція.

„Мѣстные законы Бессарабіи допускаютъ субституцію, т. е. установленіе нѣсколькихъ преемственныхъ или послѣдовательныхъ переходовъ завѣщаемаго имѣнія отъ одного наслѣдника къ другому, заранѣе избираемому и точно опредѣляемому самимъ завѣщателемъ“,—таково положеніе, установлен-

---

[1]) Весьма существеннымъ является еще и слѣдующее указаніе. Въ Кормчей, изданной въ 1800 году, содержится изложеніе дѣйствующаго согласно Шестикнижію порядка наслѣдованія, при чемъ установленное нами положеніе объ отсутствіи ограниченія степеней вполнѣ подтверждается. Огромное значеніе указанной Кормчей, содержащей подробное толкованіе каноновъ и законовъ, стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія.

[2]) Курсивъ—мой. Указанные Доничемъ источники—Basil. XLV, 5, 2 и Эклога, тит. 18, гл. 8 и 9—относятся ко второй части приводимаго отрывка, гдѣ говорится о наслѣдованіи жены. При этомъ необходимо указать, что Доничъ цитируетъ Эклогу Леунклавія, которая одна только и была распространена въ Бессарабіи. Соотвѣтствующее мѣсто въ изданіи Цахаріэ (Coll. librorum juris Graeco-Romani ineditorum, Lipsiae 1852) находится въ тит. 7, гл. 6.

ное и сравнительно недавно еще подтвержденное Правительствующимъ Сенатомъ [1]).

Въ теченіе послѣдняго десятилѣтія положеніе это перестало вызывать споры. Оно стало трюизмомъ. Особенность мѣстнаго права, заключающаяся въ дозволенности такихъ завѣщательныхъ распоряженій, которыя по общему праву (прим. къ 1011 ст. 1 ч. X т.) безусловно воспрещены, постоянно выдвигается, какъ безспорная, давно провѣренная истина.

А между тѣмъ, какъ это ни странно, положеніе это ложно; о дозволенности субституціи, въ вышеуказанномъ смыслѣ, по бессарабскому праву не можетъ быть и рѣчи; никакого принципіальнаго различія между знаменитымъ указомъ по дѣлу бригадирши Лопухиной и мѣстнымъ правомъ не существуетъ, и послѣдовательная практика нашихъ судебныхъ мѣстъ по этому вопросу—сплошное недоразумѣніе.

Хотя вопросъ о субституціи по мѣстному праву принадлежитъ, по моему крайнему разумѣнію, къ числу наименѣе сложныхъ, необходимо, однако, въ виду указаннаго установившагося взгляда, остановиться на немъ подробнѣе. Нисколько не желая повторять здѣсь положенія римскаго права, я коснусь ихъ лишь въ нѣсколькихъ словахъ, поскольку это окажется нужнымъ для ясности и цѣльности настоящаго очерка. Замѣчу, что все недоразумѣніе имѣетъ своимъ источникомъ римское право. И не столько причиной укоренившагося заблужденія является невнимательное отношеніе къ правоположеніямъ римскаго права, сколько къ тому, о *какомъ* римскомъ правѣ или, точнѣе, о римскомъ правѣ *какого періода* идетъ рѣчь. Аргументація лицъ, обрѣвшихъ въ мѣстномъ правѣ институтъ субституціи, въ смыслѣ предопредѣленія последовательнаго наслѣдственнаго перехода, происходитъ обыкновенно по слѣдующей схемѣ. Въ законахъ Арменопуло и Донича говорится, молъ, о субституціи. Положенія эти заимствованы изъ римскаго права. Субституціей же называется предопредѣленіе дальнѣйшаго перехода наслѣдственнаго имущества. При этомъ цитируются и авторитеты—обыкновенно

[1]) 1889 г. № 22, 1891 г. № 112.

Пухта и Баронъ—и дѣлается тотъ выводъ, что ergo Арменопулъ и Доничъ говорятъ объ установленіи нѣсколькихъ преемственныхъ переходовъ завѣщаемаго имѣнія. Просто, но невѣрно.

Изъ приведенныхъ положеній, обосновывающихъ указанный выводъ, абсолютно справедливо только одно,—то именно, что у Арменопула и Донича говорится о субституціи. Другія—лишь условно справедливы, и примѣненіе ихъ къ бессарабскому праву либо возможно съ оговорками, либо вовсе невозможно. Такъ, утвержденіе, что положенія о субституціи заимствованы Арменопуломъ и Доничемъ изъ римскаго права, справедливо, но при этомъ не выясняется, о римскомъ правѣ какого періода идетъ рѣчь. И если бы аргументирующія стороны и судебныя мѣста потрудились выяснить себѣ этотъ вопросъ, то они не сдѣлали бы огромной оплошности цитировать Пухту, Барона и другихъ пандектистовъ, излагающихъ то римское право, которое никоимъ образомъ источникомъ ни Шестикнижія Арменопула, ни книги Донича не было и быть не могло.

Когда была закончена предпринятая Юстиніаномъ огромная кодификаціонная работа по сведенію источниковъ римскаго права, то это именно кодифицированное Юстиніаново право—и оно одно только—легло въ основу дальнѣйшаго развитія византійскаго законодательства. Для судьбы римскаго права на востокѣ развитіе его на западѣ не имѣетъ никакого значенія и лишено какого бы то ни было интереса. Поэтому ссылка на Барона свидѣтельствуетъ объ отсутствіи юридической вдумчивости и вниманія, и утвержденіе, что положенія Шестикнижія и книги Донича о субституціи заимствованы изъ римскаго права по неполнотѣ своей ничего не выясняетъ. Равнымъ образомъ неполнымъ должно быть признано и опредѣленіе субституціи, какъ предустановленія дальнѣйшаго перехода завѣщаемаго имущества, ибо такое опредѣленіе могло бы быть дано только одному виду субституціи, — и притомъ тому, котораго, какъ мы увидимъ ниже, именно и нѣтъ въ мѣстномъ правѣ. Общаго же опредѣленія субституціи, которое могло бы обнять всѣ ея виды, дать нельзя.

Такимъ образомъ и выводъ, сдѣланный изъ вышеприведенныхъ, отчасти неполныхъ, отчасти неправильно примѣняемыхъ положеній, является, въ свою очередь, невѣрнымъ, и для надлежащаго разъясненія занимающаго насъ вопроса необходимо изслѣдовать тѣ правоположенія, которыя содержатся въ источникахъ мѣстнаго права.

Въ Шестикнижіи читаемъ:

Арм. кн. V, тит. 8 (ч. 2, стр. 92 по изд. 1831 г.).

Наслѣдникъ бываетъ или природный и настоящій (institutus), или въ случаѣ небытности настоящаго перваго наслѣдника переносится имѣніе на другого, который называется substitutus.

Переносъ бываетъ или простой, напримѣръ, когда скажешь: ежели такой-то не наслѣдуетъ мнѣ, то моимъ наслѣдникомъ да будетъ такой-то; или двойной, когда, напр., кто скажетъ: такой-то наслѣдуетъ ли или не наслѣдуетъ, но, если умретъ въ малолѣтствѣ, такой-то другой будетъ моимъ наслѣдникомъ.

Наслѣдникъ называется или просто наслѣдникомъ, или фидеикоммисаріемъ; напр., сказалъ кто: Георгій да будетъ моимъ наслѣдникомъ, съ тѣмъ однако, чтобы онъ не навсегда наслѣдовалъ мое имущество, но только управлялъ и берегъ оное для законнаго наслѣдника моего Федора. Въ такомъ случаѣ Федоръ называется фидеикоммисаріемъ и получаетъ двѣ трети наслѣдства, а Георгій называетъ наслѣдникомъ, и получаетъ треть наслѣдства.

Можно учреждать вторыхъ наслѣдниковъ (substitutio) изъ всякаго званія, напр., назначить одного раба необходимымъ наслѣдникомъ, или однихъ рабовъ назначить наслѣдниками другихъ такъ, чтобы или одинъ наслѣдовалъ другому, или многіе одному, или одинъ многимъ.

Доничъ, тит. 36, гл. 7.

Если установившій наслѣдника въ имѣніи своемъ будетъ имѣть опасеніе, чтобы онъ отъ онаго не отказался и не отвергнулъ наслѣдства, или чтобы случайно не умеръ, или что не будетъ въ состояніи сдѣлать по себѣ завѣщанія по извѣстному слабоумію своему, то можетъ въ завѣщаніи своемъ установить ему другого наслѣдника, а сему третьяго, т. е. воленъ человѣкъ установить себѣ наслѣдника, а сему другого, а другому третьяго.

Тамъ же, гл. 8.

Равномѣрно въ правѣ человѣкъ оставить наслѣдіе свое одному и обязать его хранить все оное, или только часть изъ онаго, для установленнаго наслѣдника (каковая часть по закону именуется фидеикоммиссомъ), и объявить ясно намѣреніе и волю свою; послѣ сего получатель фидеикоммисса не можетъ ни подъ какимъ видомъ отчуждать какую-либо вещь изъ наслѣдія, ему довѣреннаго къ сбереженію для другого.

Остановимся сначала на положеніяхъ Шестикнижія. Переводъ, по обыкновенію, очень далекъ отъ подлинника. Приводимъ этотъ послѣдній въ латинскомъ переводѣ Геймбаха.

H. H. lib. V, tit. 8, 1—3:

Heredes aut instituti aut substituti dicuntur.

Substitutio autem vel simplex est, ut si dicamus: si ille heres non erit, ille heres esto; vel duplex, veluti: sive ille heres erit aut non erit, sed impubes moriatur, ille heres esto.

Heres aut simpliciter heres vocatur, aut fideicommissarius, veluti dixit quis: Georgius mihi heres esto, verum non ita ut ad finem vitae bona mea hereditario jure teneat, sed ea administret, tueatur et conservet Theodoro, ut genuino heredi meo. Tunc igitur Theodorus vocatur fideicommissarius et bessem relicti patrimonii iure hereditario capit, Georgius vero heres appellatur et trientem hereditatis accipit.

Plures substitutionum gradus fieri possunt et postremo servus necessarius substitui, iidemque sibi in vicem et singulis singuli et multi uni et unus multis.

Т. е.

Наслѣдники бываютъ назначенные или подназначенные.

Подназначеніе же бываетъ либо простымъ, когда мы говоримъ: если тотъ не будетъ моимъ наслѣдникомъ, то да будетъ этотъ наслѣдникомъ; или двойнымъ, напримѣръ: будетъ ли тотъ моимъ наслѣдникомъ или нѣтъ, но ежели онъ умретъ въ малолѣтствѣ, то да будетъ этотъ моимъ наслѣдникомъ.

Наслѣдникъ либо попросту называется наслѣдникомъ, либо фидеикоммисаріемъ, когда кто-либо говоритъ: Георгій да будетъ моимъ наслѣдникомъ, однако не съ тѣмъ, чтобы онъ подъ конецъ жизни получилъ мое имущество на наслѣдственномъ правѣ, но съ тѣмъ, чтобы онъ управлялъ имъ, берегъ и сохранялъ оное для Федора, какъ моего естественнаго наслѣдника. Тогда, конечно, Федоръ называется фидеикоммисаріемъ и получаетъ двѣ трети оставленнаго наслѣдства, Георгій же—наслѣдникомъ и получаетъ одну треть наслѣдства.

Можно устанавливать много степеней подназначеній и, наконецъ, можно необходимымъ наслѣдникомъ назначить и раба, а также ихъ (т. е. рабовъ) назначить наслѣдниками другъ другу, каждому одного [1]) или одному многихъ или многимъ одного.

Изъ приведенныхъ четырехъ абзацовъ первый содержитъ общее опредѣленіе категорій наслѣдниковъ.

Во второмъ говорится о томъ, что субституція бываетъ простая и двойная.

Простая состоитъ въ томъ, что завѣщатель на тотъ слу-

---

[1]) Въ греческомъ текстѣ говорится: καὶ ἑκάστῳ ἕνα.

чай, когда назначенный имъ наслѣдникъ не вступитъ въ наслѣдство (по невозможности ли или по нежеланію), указываетъ, къ кому таковое имѣетъ перейти. Это, какъ извѣстно,— такъ наз. substitutio vulgaris. *Никакого преемственнаго перехода завѣщаемаго имущества отъ одного наслѣдника къ другому она не устанавливаетъ*, ибо имущество это переходитъ *непосредственно* къ субституту за отсутствіемъ вступленія въ наслѣдство института. Такая субституція извѣстна и общему нашему праву.

Двойная состоитъ въ томъ, что наслѣдодатель на тотъ случай, когда назначенный имъ наслѣдникъ *не* вступитъ въ наслѣдство, или, хотя и вступитъ, *но умретъ въ малолѣтствѣ*, указываетъ, къ кому означенное наслѣдство имѣетъ перейти. Это, какъ нетрудно видѣть, такъ назыв. substitutio duplex, или in utrumque casum, т. е. соединеніе substitutio vulgaris съ substitutio pupillaris. Она называется двойной потому, что предусматриваетъ два случая: невступленіе назначеннаго наслѣдника въ наслѣдство и смерть его малолѣтнимъ по вступленіи въ наслѣдство [1]).

И при этой субституціи имѣетъ мѣсто опять-таки назначеніе наслѣдника въ лицѣ субститута такому наслѣднику, который самъ вовсе не принималъ наслѣдства, а если и принялъ, то распорядиться *не могъ* таковымъ.

За него распорядился его восходящій, какъ законный его представитель. Такъ какъ несовершеннолѣтній ребенокъ находится во власти восходящаго, то этотъ послѣдній и распоряжается *вмѣсто него* завѣщаннымъ имуществомъ. Юридическимъ основаніемъ къ назначенію второго наслѣдника служитъ, стало быть, предположеніе, что первый наслѣдникъ (институтъ) таковымъ не сдѣлался (или по крайней мѣрѣ не сдѣлался надлежащимъ наслѣдникомъ). Подназначать же са-

[1]) Если субституція имѣетъ мѣсто въ первомъ случаѣ, т. е. при невступленіи института въ наслѣдство, то она называется substitutio in primum или in vulgarem casum, а если во второмъ, то—substitio pupillaris, которая носитъ названіе substitutio in secundum casum. Но въ каждомъ изъ обоихъ случаевъ субституція проста: она или vulgaris, или pupillaris, а называется двойной только благоларя комбинированію двухъ случаевъ.

мовластному сыну наслѣдника нельзя было и въ римскомъ правѣ, какъ то опредѣленно устанавливается въ институціяхъ:

§ ult. J. 2, 16,

Extraneo vere vel filio puberi heredi instituto ita substituere nemo potest, ut, si heres extiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres.

И здѣсь, такимъ образомъ, нѣтъ преемственнаго перехода наслѣдственнаго имущества отъ одного наслѣдника, вступившаго въ наслѣдство, къ другому, и принципъ римскаго наслѣдственнаго права: semel heres semper heres остается въ полной своей силѣ и неприкосновенности.

Перейдемъ къ разсмотрѣнію четвертаго абзаца. Въ этомъ отрывкѣ хотятъ видѣть доказательство того, что можно предопредѣлять дальнѣйшій переходъ имѣнія, такъ какъ Арменопулъ говоритъ о многихъ степеняхъ подназначеній. Между тѣмъ, именно этотъ отрывокъ—при внимательномъ его анализѣ—свидѣтельствуетъ, что Арменопулъ имѣетъ въ виду лишь substitutio vulgaris.

Для надлежащаго пониманія этого отрывка необходимо вспомнить, что согласно положеніямъ цивильнаго права нисходящіе агнаты дѣлались наслѣдниками не только безъ своей воли, но даже противъ своей воли, какъ heredes sui et necessarii:

Gaius, II, 156, 157,

Necessarii vero ideo dicuntur, quia omnimodo, sive velint, sive nolint.... heredes fiunt.

Но преторъ, какъ извѣстно, далъ sui heredes такъ назыв. beneficium abstinendi, т. е. право чрезъ объявленіе воли освобождаться отъ наслѣдства.

Gaius, II, 158,

Sed his praetor permittit abstinere se ab hereditate...

Такимъ образомъ, sui heredes перестали быть necessarii. Умирающій домовладыка могъ, такимъ образомъ, остаться безъ наслѣдниковъ, ибо лишенъ былъ возможности навязать своимъ нисходящимъ агнатамъ принятіе наслѣдства. Изъ столь

затруднительнаго положенія выходъ былъ найденъ: стоило только сдѣлать своимъ наслѣдникомъ раба; этотъ послѣдній, вѣдь, отказаться не смѣлъ.

Если памятовать это своеобразное положеніе наслѣдодателя по отношенію къ своимъ наслѣдникамъ и оставляемому имъ имуществу, тогда вышеприведенный отрывокъ Шестикнижія получаетъ надлежащій смыслъ и значеніе.

Можно установить, гласитъ разбираемый фрагментъ, много степеней подназначеній; другими словами, можно сказать: моимъ наслѣдникомъ да будетъ Тиції, а если онъ не будетъ, то да будетъ Кай, а если Кай не будетъ, то да будетъ Люцій, а если Люцій не будетъ, то да будетъ Павелъ . . . . ну а если и Павелъ откажется и никто не захочетъ быть наслѣдникомъ?... тогда, наконецъ, пусть будетъ мой рабъ моимъ необходимымъ наслѣдникомъ. Такимъ образомъ, смыслъ приведеннаго отрывка становится яснымъ; очевидно и то, что въ немъ говорится о простой субституціи.

Остается разсмотрѣть пропущенный нами третій абзацъ.

Здѣсь изложенъ, какъ нетрудно видѣть, универсальный фидеикоммиссъ въ его простѣйшей формѣ съ тѣмъ отступленіемъ отъ его прототипа римскаго права, что наслѣднику обезпечено свободное полученіе не одной четверти, а одной трети всего наслѣдственнаго имущества [1]). Какъ видно изъ разсматриваемаго отрывка, наслѣдственное имущество въ нѣкоторой части хотя и не переходитъ къ наслѣднику непосредственно, но предшествующій держатель этой части самъ наслѣдникомъ установленъ не былъ. Наслѣднику не предшествуетъ другой наслѣдникъ (такъ называемый Vorerbe). Такимъ образомъ, о *подназначеніи* здѣсь не можетъ быть и рѣчи, а имѣетъ мѣсто лишь особый порядокъ выдачи наслѣдства, возникшій на своеобразной почвѣ римскихъ правовыхъ отношеній съ цѣлью установить возможность назначенія наслѣдника на такихъ условіяхъ (съ dies a quo, съ dies ad quem, съ резолютивнымъ условіемъ), какія исключены были

---

[1]) Этотъ вопросъ уже разсмотрѣнъ нами. См. мои „Очерки бессарабскаго наслѣдственнаго права“ І. Фалкидіонъ. Журн. Мин. Юст. 1904 г. Сентябрь.



при формальномъ назначеніи наслѣдника. Универсальнымъ фидеикоммиссомъ была окончательно установлена во всѣхъ случаяхъ универсальной сукцессіи болѣе свободная форма непрямого назначенія наслѣдника,—но и только.

Такимъ образомъ, анализъ положеній, содержащихся въ Шестикнижіи, приводитъ къ заключенію, что о преемственномъ переходѣ имущества отъ одного наслѣдника къ другому въ нихъ нѣтъ и рѣчи. Арменопулъ изъ всего института субституціи заимствовалъ лишь простѣйшія положенія. Онъ даже совершенно не включилъ substitio quasi pupillaris, обошелъ молчаніемъ возможность установленія субституцій при фидеикоммиссѣ, а сей послѣдній воспринялъ въ простѣйшей его формѣ.

Переходя къ разсмотрѣнію положеній, содержащихся въ книгѣ Донича, не трудно видѣть, что глава 7 излагаетъ substitio vulgaris и quasi pupillaris, пропуская почему-то substitutio pupillaris.

Въ приведенной главѣ говорится о двухъ случахъ,—когда наслѣдникъ *не* вступитъ (по нежеланію ли, за смертью ли) въ наслѣдство и когда онъ *по слабоумію* не будетъ въ состояніи составить по себѣ завѣщанія. Первый случай уже разсмотрѣнъ. Это—substitutio vulgaris. Второй нѣсколько отличается отъ случая, упоминаемаго въ Шестикнижіи, гдѣ говорилось о наслѣдникѣ, который не въ состояніи составить завѣщаніе *по малолѣтству*. Но вполнѣ понятно, что *причина* невозможности составленія завѣщанія играетъ второстепенную роль; важенъ *фактъ* невозможности составленія завѣщанія. Поэтому въ конституціи отъ 528 г. Юстиніанъ указалъ, что случай слабоумія долженъ быть разсмотрѣнъ „*по примѣру*“ случая малолѣтства. Такимъ образомъ, создалась substitio quasi pupillaris, которая нынѣ, на основаніи выраженій, содержащихся въ конституціи «ad exemplum pupillaris substitutionis» называется также substitio exemplaria (иногда и Iustinianea). Въ установленіи этого вида субституціи нельзя видѣть расширенія этого юридическаго института, а лишь распространеніе права восходящихъ дѣлать завѣщательныя распоряженія, въ качествѣ представителей, не только за *малолѣтнихъ* своихъ, но и *слабоумныхъ* нисходящихъ.

На нѣкоторое размышленіе наводятъ только послѣднія заключительныя слова главы 7-й тит. 36 книги Донича, гдѣ послѣ изложенія указанныхъ двухъ видовъ субституціи (vulgaris и quasi pupillaris) сказано въ видѣ обобщающаго положенія: „т. е. воленъ человѣкъ установить себѣ наслѣдника, а *сему* [1]) другого, а другому третьяго". Не говорится ли здѣсь объ опредѣленіи дальнѣйшаго наслѣдственнаго перехода?

Уже изъ первой части главы 7-ой, обобщеніемъ коей являются приведенныя слова, не трудно заключить, что поставленный вопросъ долженъ быть разрѣшенъ отрицательно и что заключительное предложеніе лишь плохо редактировано. Всякое сомнѣніе устраняется при обращеніи къ источникамъ, извлеченіе изъ коихъ содержится въ разсматриваемой главѣ и кои указаны Доничемъ, а именно Th. XLI Basil 35, 10 и J. 2, 16.

Означенное тема воспроизводитъ l. 43 pr. D. de vulg. subst. 28,6), въ которой говорится о назначеніи наслѣдника слабоумному, каковое назначеніе до конституціи 528 г. могло имѣть мѣсто лишь съ разрѣшенія Императора, а второй изъ указанныхъ источниковъ, тит. 16 книги 2-ой Институцій говоритъ о pupillaris substitutio. Изъ означенныхъ двухъ фрагментовъ Доничъ никакъ не могъ сдѣлать извлеченія того, чего въ нихъ не содержится, и не могъ, стало быть, установить положенія о предопредѣленіи дальнѣйшаго наслѣдственнаго перехода. Выраженія „воленъ человѣкъ установить себѣ наслѣдника, а сему другого, а другому третьяго" надобно понимать въ томъ смыслѣ, въ какомъ и Арменопулъ говоритъ, что можно установить нѣсколько степеней назначеній, т. е. сказать, что моимъ наслѣдникомъ да будетъ такой-то, а если онъ не будетъ, то другой, а если этотъ не будетъ, то третій, и т. д.

Наконецъ, 8-я глава 36 тит. книги Донича является извлеченіемъ изъ Basil. XXXV, 11 (а не 10, какъ ошибочно указано Доничемъ) и XLI, 3, въ коихъ излагается содержа-

[1]) Курсивъ—мой.

ніе Sc. Trebellianum [1]), и всецѣло относится къ универсальному фидеикоммиссу.

Такимъ образомъ, ни въ Шестикнижіи, ни въ книгѣ Донича нѣтъ ни единаго указанія на возможность установленія по мѣстному бессарабскому праву подназначенія наслѣдника такому наслѣднику, который вступилъ уже въ наслѣдство, или предустановленіе преемственнаго и послѣдовательнаго наслѣдственнаго перехода. Такія положенія отсутствуютъ не только въ Шестикнижіи и книгѣ Донича—этихъ своеобразныхъ извлеченіяхъ изъ источниковъ греко-римскаго права; они, что—важнѣе, отсутствуютъ и въ этихъ послѣднихъ, выросшихъ на томъ римскомъ правѣ, которое въ Юстиніановой кодификаціи вылилось въ окончательную форму.

IV.

О наслѣдованіи незаконнорожденныхъ.

Установленіе когнатическаго (кровнаго) родства, какъ основы системы наслѣдованія, ввело и внѣбрачныхъ дѣтей въ кругъ лицъ, призывавшихся къ наслѣдованію по римскому праву. Право наслѣдованія послѣ матери и родственниковъ съ материнской стороны было признано за незаконнорожденными въ полной мѣрѣ. Правда, римское право допускало изъ этого общаго правила исключеніе по отношенію къ дѣтямъ, происшедшимъ отъ кровосмѣсительнаго брака (т. н. incestuosi), отчасти къ дѣтямъ, рожденнымъ отъ прелюбодѣянія (т. н. adulterini) и къ внѣбрачнымъ дѣтямъ женщины высокаго общественнаго положенія (т. н. mater illustris) [2]). Но исключе-

[1]) Sc. Trebellianum придало простому заявленію heres fiduciarius о желаніи его произвести реституцію непосредственную юридическую силу для того, чтобы произвести переходъ activa и passiva въ соотвѣтственной части на универсальнаго fideicommissarius'а, и этимъ сдѣлало рѣшительный шагъ къ установленію универсальной сукцессіи при фидеикоммиссѣ. Ср. выше. См. Зомъ, Институціи, перев. В. Нечаева, Москва 1888 г. стр. 391.

[2]) Исключеніе это содержится и въ Шестикнижіи. Жена сенатора или другой особы важнаго достоинства не можетъ ничего подарить побочнымъ своимъ

нія эти, лишенныя для нашей современности какого бы то ни было значенія [1]), нисколько не ослабляютъ силы и значенія общаго начала, по которому внѣбрачнымъ дѣтямъ, какъ когнатамъ своей матери и ея родственниковъ, предоставлено активное и пассивное право наслѣдованія.

Права этого внѣбрачныя дѣти лишены были по отношенію къ своему естественному отцу. И изъ этого положенія были допущены исключенія для дѣтей узаконенныхъ, безразлично, произошла ли легитимація per subsequens matrimonium или per rescriptum principis.

Необходимо, наконецъ, указать, что внѣбрачнымъ дѣтямъ (но не ихъ потомству) отъ конкубины—при отсутствіи законной жены и законныхъ или усыновленныхъ дѣтей—было предоставлено 18-ой новеллой (Nov. 18 c. 5) право на двѣ унціи, т. е. на $^{1}/_{6}$ всего актива наслѣдодателя. Право это принадлежало только внѣбрачнымъ дѣтямъ, но не ихъ матери, которая могла лишь притязать на часть, равную со своими дѣтьми въ означенной $^{1}/_{6}$, но при отсутствіи дѣтей совершенно устранялась отъ наслѣдства.

Такимъ же правомъ наслѣдованія послѣ своихъ дѣтей пользовался и ихъ естественный отецъ [2]).

Таковы имѣющія для нашего изслѣдованія значеніе положенія установленнаго Юстиніаномъ права наслѣдованія незаконнорожденныхъ.

Эти же начала—съ нѣкоторыми дополненіями—заимствованы Арменопуломъ при составленіи имъ Шестикнижія.

дѣтямъ, ни при жизни, ни при смерти, ни же учредить ихъ наслѣдниками по завѣщанію, вмѣстѣ съ законнорожденными своими дѣтьми. Вольная же и благородная. имѣющая побочнаго сына, можетъ учредить его наслѣдникомъ, ибо и сама наслѣдуетъ ему, развѣ только онъ ею прижитъ отъ запрещеннаго брака (или нефарія). Арм. кн. V, тит. 8 (ч. 2 стр. 109 изд. 1831 г.).

[1]) Исключенія эти лишены значенія и въ современномъ римскомъ (пандектномъ) правѣ. Ср. Koeppen, Lehrbuch d. heutigen römischen Erbrechts, § 61, Würzburg 1895; Dernburg—Pandekten, Bd. III § 135, Anm, 8, 6-te Aufl. Berlin 1901.

[2]) Вопросъ о томъ, является ли такое право *правомъ наслѣдованія* или *законно установленнымъ правомъ на легатъ*, не представляетъ никакого интереса для насъ. Ср. Koeppen, op. cit. S. 376, Anm. 4.



Остановимся сначала на правѣ наслѣдованія побочныхъ дѣтей *послѣ отца.*

Арм. кн. V, тит. 8 (ч. 2 стр. 109—110).

Побочному не наслѣдуетъ родственники его по отцу; ибо отецъ его неизвѣстенъ. . . . .

Въ такой отрывочной формѣ Арменопулъ устанавливаетъ общее положеніе объ отсутствіи у побочныхъ дѣтей пассивнаго права наслѣдованія. Но такъ какъ права наслѣдованія, основныя на когнатическомъ началѣ, отличаются взаимностью, то пассивному праву соотвѣтствуетъ и активное, согласно коему и побочный не наслѣдуетъ родственникамъ отца. Отецъ его неизвѣстенъ, онъ—quasi sine patre, какъ говорили римскіе юристы, ибо отецъ на лицо лишь тамъ, гдѣ бракъ,—pater est quem nuptiae demonstrant. Но вѣдь это послѣднее положеніе—лишь презумпція. Мужъ своей жены не всегда отецъ своихъ дѣтей; отецъ своихъ дѣтей—не всегда мужъ ихъ матери. Вопросъ о дѣйствительномъ отцовствѣ лица—вопросъ факта и, какъ таковой, можетъ быть установленъ и иными, кромѣ брака, доказательствами.

Помимо оффиціальнаго узаконенія отцомъ своихъ внѣбрачныхъ дѣтей (этотъ вопросъ относился бы уже къ наслѣдованію *узаконенныхъ* дѣтей) достаточно всякаго другого, отъ отца исходящаго, доказательства рожденія имъ данныхъ дѣтей.

Арменопуло кн. V, тит. 8 (ч. 2, стр. 113):

Кто имѣетъ побочнаго сына или дочь, отъ вольной женщины, съ которою могъ бы и бракомъ сочетаться, и въ договорѣ, совершенномъ со скрѣпою нотаріуса или собственноручно имъ подписанномъ и подписанномъ тремя достовѣрными свидѣтелями, или въ завѣщаніи, или какихъ-либо другихъ памятникахъ дѣлъ своихъ, скажетъ, что онъ, или она, есть его сынъ или дочь его, не прибавляя слова побочный или побочная,—таковыя дѣти почитаются законными, и нашъ законъ даетъ имъ право наслѣдовать все наравнѣ съ законными дѣтьми, ибо изъ сего явствуетъ, что онъ съ матерью законнымъ бракомъ сочетался.

Нѣтъ даже надобности дѣлать подобное заявленіе относительно *каждаго* изъ своихъ побочныхъ дѣтей.

Арменопуло, тамъ же:

Если же кто, имѣя нѣсколько такихъ дѣтей отъ таковой жены,

для одного только изъ нихъ дастъ означеннымъ образомъ свидѣтельство, таковаго свидѣтельства отца, даннаго одному изъ дѣтей, довольно для того, чтобы и другія получили права дѣтей законныхъ [1]).

Но, помимо актовъ, исходящихъ отъ отца, развѣ нѣтъ другихъ способовъ установленія его родительства? Вѣдь можно отцовство доказать и свидѣтельскими показаніями. Въ этомъ не было бы никакого нарушенія 409 ст. уст. гражд. суд. [2]).

Конечно, нѣтъ. А разъ отецъ окажется извѣстнымъ, то основаніе, приведенное въ законѣ къ устраненію отъ наслѣдства („ибо отецъ неизвѣстенъ"), падаетъ. Какъ же быть? Наслѣдуютъ ли тогда своему естественному отцу его побочныя дѣти? Шестикнижіе даетъ на этотъ вопросъ положительный отвѣтъ, ограничивая наслѣдственное право дѣтей одной шестой всего имущества наслѣдодателя, при условіи отсутствія законныхъ дѣтей.

Арменопуло, тамъ же, стр. 108, 109.

Имѣющій законныхъ дѣтей не можетъ оставить незаконнымъ вмѣстѣ съ матерью ихъ, болѣе $^1/_{12}$-й части, т. е. одной унціи своего имѣнія, а если существуетъ только наложница, то можетъ оставить или подарить ей половину унціи. Не имѣющему ни законныхъ, ни кого-либо изъ восходящихъ, которымъ, по законамъ, необходимо должно оставить часть имѣнія, позволено учредить побочныхъ наслѣдниками во всѣхъ двѣнадцати унціяхъ; а если имѣетъ восходящихъ родственниковъ, то воленъ, оставя имъ законную часть наслѣдства, отказать остальное побочнымъ дѣтямъ [3]); если же имѣющій побочныхъ дѣтей умретъ безъ завѣщанія, то побочныя дѣти имѣютъ право получить $^2/_{12}$ части (т. е. двѣ унціи), которыя дѣлятъ вмѣстѣ съ матерью такъ, чтобы мать получила часть, равную съ частью каждаго изъ дѣтей; если же есть законныя дѣти, то побочныя, въ случаѣ смерти отца безъ завѣщанія, не наслѣдуютъ ничего, а законныя обязаны содержать ихъ, соразмѣрно количеству доставшагося имъ отъ отца имѣнія.

---

[1]) Для насъ здѣсь безразлично, можно ли такимъ образомъ *узаконять*, въ техническомъ смыслѣ слова, побочныхъ дѣтей, а интересно указать, что, благодаря такому признанію, побочныя дѣти пріобрѣтаютъ права наслѣдованія. Что они не сравнены по правамъ своимъ съ законными дѣтьми, вопреки приведенному фрагменту, устанавливается, какъ мы увидимъ ниже, тѣмъ же Шестикнижіемъ въ другомъ, содержащемся въ немъ, отрывкѣ.

[2]) Такъ разрѣшаетъ вопросъ и Правительствующій Сенатъ. См. рѣш. по дѣлу Кондрацкихъ за 1900 г. № 72.

[3]) Ср. H. H. lib. V, tit. 9, 12; Πεῖρα XLVIII, 2, LIV, 6.

Положенія эти сами по себѣ настолько ясны, что не требуютъ никакихъ поясненій [1]).

Такимъ образомъ, наслѣдственное право незаконнорожденныхъ стоитъ въ зависимости отъ наличности законнорожденныхъ дѣтей. Имѣются эти послѣднія,—у побочныхъ лишь право на алименты; нѣтъ законныхъ дѣтей,—внѣбрачнымъ принадлежитъ право на $^1/_6$ имущества наслѣдодателя.

Но при этомъ только наслѣдодателя, а не его родственниковъ, и не потому, какъ говорится въ вышеприведенномъ фрагментѣ, что отецъ неизвѣстенъ, а потому, что когнатическая связь закономъ не распространена на родственниковъ отца по отношенію къ побочнымъ дѣтямъ. И не только по отношенію къ такимъ побочнымъ дѣтямъ, которыя фактически связаны съ своимъ естественнымъ родителемъ, но и по отношенію къ тѣмъ, кои *признаны* отцомъ и относитель-

---

[1]) Не трудно видѣть, что цитированное положеніе повторяетъ вышеприведенное правило c. 5 Nov. 18 съ той лишь разницей, что не ставитъ наслѣдственнаго права незаконнорожденныхъ въ зависимость отъ факта и условій конкубината. Къ этому вопросу мы еще возвратимся въ дальнѣйшемъ изложеніи. Здѣсь же считаемъ нелишнимъ остановиться на выясненіи дѣлаемаго Арменопуломъ разграниченія *незаконнорожденныхъ* и *побочныхъ* дѣтей. Обращеніе къ латинскому переводу подлинника не способно разъяснить сомнѣнія. У Геймбаха читаемъ: H. H. lib. V, tit. 8, c. 66. Si quis liberos habet legitimos, non potest naturalibus neque ex concubina natis... Между тѣмъ именно liberi naturales и суть тѣ, кои рождены отъ конкубины. Въ одномъ изъ списковъ Шестикнижія приведенный фрагментъ сопровождается схоліей слѣдующаго содержанія: Non omnes ex scortatione nati idem habent nomen, sed subdividuntur. Nam si ex muliere manifeste et perpetuo alicui cohabitante filius est natus, vocatur hic naturalis; et secundum obtinet ordinem, quantum ad ius naturale praeferturque in hereditate et adscendentibus, nec solum collateralibus. Quod si manifestus quidem sit filius naturalis, non tamen ex cohabitante cum viro muliere, nothus nominatur: sin omnino ignatus, dicitur spurius. (H. H. p. 648, nota k). Изъ приведеннаго отрывка видно, что и схоліастъ подъ liberi naturales разумѣетъ дѣтей, рожденныхъ отъ конкубины. Въ греческомъ текстѣ говорится о παῖδες φυσικοὶ и παῖδες ἐκ παλλακῆς. Переводъ Геймбаха оказывается, такимъ образомъ, совершенно правильнымъ, а Арменопулъ въ данномъ отрывкѣ, повидимому, подъ παῖδες φυσικοί разумѣлъ тотъ подвидъ, который въ византійскихъ источникахъ носитъ обыкновенно названіе νόθοι (spurii). Геймбахъ, впрочемъ, и самъ крайне непослѣдователенъ въ терминологіи. Такъ, въ слѣдующей (67-й главѣ) онъ переводитъ νόθος—filius naturalis. Современнаго практическаго значенія такое различеніе, однако, не имѣетъ. Правда, римская cognatio illegitima, создавшаяся внѣбрачнымъ сожительствомъ, устанавливала нѣсколько подвидовъ незаконнорожденныхъ дѣтей, а имен-

но которыхъ вышеприведенный отрывокъ [1]) говоритъ, что они пріобрѣтаютъ права законныхъ, ибо сказано въ Шестикнижіи (тамъ же):

> Если отецъ узаконитъ побочнаго своего сына, то онъ дѣлается законнымъ относительно *только къ отцу*, а не къ нисходящимъ, восходящимъ или боковымъ его родственникамъ, *и наслѣдовать имъ не имѣетъ права* [2]); они также не могутъ наслѣдовать ему безъ завѣщанія.

Право наслѣдованія побочныхъ дѣтей ограничено, стало быть, въ *объемѣ* (только по отношенію къ отцу) и въ *размѣрѣ* (только въ $^1/_6$ наслѣдственнаго имущества).

При такомъ точномъ и опредѣленномъ изложеніи началъ наслѣдованія побочныхъ дѣтей непонятнымъ является почти непосредственно за разсмотрѣнными слѣдующій фрагментъ.

Арменопуло, тамъ же:

> Побочныя дѣти, родившіяся отъ разныхъ наложницъ, не наслѣдуютъ отцу, когда онъ имѣетъ законнорожденныхъ или жену, или другихъ наслѣдниковъ, но только получаютъ сколько-нибудь на пропитаніе отъ наслѣдующихъ отцу, когда онъ умеръ безъ завѣщанія.

Вѣдь выше уже было установлено, что при наличности законныхъ дѣтей у побочныхъ имѣется лишь право на алименты. Изъ приведеннаго отрывка a contrario опять-таки устанавливается уже извѣстное положеніе, что, при отсутствіи законныхъ дѣтей, право наслѣдованія принадлежитъ побочнымъ дѣтямъ. Внимательное отношеніе къ цитированному отрывку приводитъ, однако, къ установленію между содержащимися въ немъ правоположеніями и выше разсмотрѣн-

---

но: а) liberi naturales—рожденные отъ конкубины, б) vulgo quaesiti—рожденные отъ проститутки (meretrix), в) spurii—рожденные отъ блуда (stuprum), г) adulterini—рожденные отъ прелюбодѣянія, д) incestuosi—рожденные отъ кровосмѣшенія (ex incestis aut nefariis nuptiis). Но для насъ важно лишь то, что всѣ подвиды устанавливаютъ когнатическое родство съ матерью (mater enim semper certa est). Современное право наше указанныхъ подвидовъ не знаетъ, а знаетъ лишь понятіе незаконныхъ (нынѣ внѣбрачныхъ) дѣтей. Какъ исчезло изъ мѣстнаго права понятіе самовластныхъ и подвластныхъ дѣтей въ римскоправовомъ смыслѣ, такъ исчезли и понятія spurius'а, incestuosus'а и пр.

[1]) См. выше, стр. 124, прим.

[2]) Курсивъ мой.

ными слѣдующаго различія: здѣсь условіемъ возникновенія права наслѣдованія побочныхъ установлено отсутствіе не только законныхъ дѣтей, *но и жены и всякихъ вообще наслѣдниковъ*. Такое дополнительное условіе установлено однако не для *всякихъ* побочныхъ дѣтей, *а лишь для такихъ, которыя рождены отъ разныхъ наложницъ*.

Такое новое разграниченіе подвидовъ побочныхъ дѣтей и усугубленіе условій возникновенія для нихъ права наслѣдованія могло бы казаться стремленіемъ Арменопула къ ограниченію наслѣдственныхъ правъ незаконнорожденныхъ. Между тѣмъ здѣсь какъ разъ обратное явленіе, и смыслъ приведеннаго отрывка заключается въ томъ, что, при отсутствіи какихъ бы то ни было законныхъ наслѣдниковъ, право наслѣдованія возникаетъ *даже* для такихъ незаконнорожденныхъ дѣтей, которыя произошли отъ *разныхъ* наложницъ.

Фрагментъ этотъ заслуживаетъ, чтобы на немъ остановиться.

Отступленіе приведенныхъ въ немъ положеній отъ началъ Юстиніанова права (Ср. Nov. 18, с. 5, Nov. 89, с. 12 §§ 4, 6) бросается въ глаза. Конкубинатъ создавалъ, какъ извѣстно, между естественнымъ отцомъ и воспитанными дома естественными дѣтьми его (liberi naturales) взаимное право наслѣдованія въ размѣрѣ двухъ унцій *только при томъ непремѣнномъ условіи, что умершій имѣлъ лишь одну конкубину*. Новелла 18-я по поводу множественности конкубинъ выражается съ явнымъ негодованіемъ:

> ...Sin vero effusa fuerit eius cupiditas, et priori alias super alias adsciverit concubinas, et multiudinem habeat mulierum fornicantium (ita enim melius dicimus), liberisque ab iis procreatis mortuus fuerit, multas simul relinquens concubinas, odio illum habemus et omnino ab hac lege arcemus.

То же положеніе, въ тѣхъ же выраженіяхъ, высказано въ Нов. 89, гл. 12 § 5. Откуда же Арменопулъ заимствовалъ приведенное правоположеніе? Не относится ли оно къ числу созданныхъ имъ „недоразумѣній“? Переводъ разсматриваемаго отрывка правиленъ. Въ латинскомъ переводѣ Геймбаха читаемъ:

H. H. lib. V, tit. 8, c. 69.

Ex diversis concubinis nati liberi patri suo heredes non sunt, si legitimi exstent aut liberi, aut coniux, aut alii successores: sed potius ab heredibus eius aluntur, siquidem non fuerit testatus.

Откуда же заимствовано это положеніе? Геймбахъ указываетъ въ „fontes“ на Nov. 18 и Nov. 89, но изъ вышеприведеннаго явствуетъ, что разбираемое положеніе прямо противоположно нормамъ, содержащимся въ означенныхъ новеллахъ. Не произошло ли указанное измѣненіе при передачѣ положеній Юстиніанова права въ Василикахъ?

§§ 2—6, c. 12 Nov. 89 изложены въ th. 4 Basil. 32, 2. Означенная тема гласитъ:

Si quis legitimos liberos habet, non potest naturalibus liberis, neque ex concubina susceptis, eorumque matri ultra unam unciam relinquere vel donare. Quodsi concubina sola sit, ei semiunciam relinquat aut donet. Si tamen legitimos liberos non habeat, neque aliquem adscendentium, quibus ex legis necessitate partem bonorum suorum relinquere testatores convenit: licitum esto, ut etiam in uncias duodecim liberi naturales heredes scribantur. Sin autem aliquos adscendentium habeant, legitimam eis portionem relinquant: reliquum ad naturales liberos transmittendi facultatem habeant.

Quodsi moriantur intestati, qui liberos naturales habent, duas tantum uncias cum matre dividendas liberi consequantur: ita ut mater quoque unius filii portionem accipiat. Haec autem dicimus, si uni quis concubinae cohabitans liberos ex ea habeat. Nam si profusa libido in eo fuerit et alias aliis meretrices induxerit, eae procul ab hac lege prorsus arceantur. Si vero legitimis extantibus naturales quoque reliquerit, ab intestato quidem nihil illi consequantur: sed a legitimis pro ratione decori et pro modo facultatum duntaxat alantur.

Novella autem sancit, ut etiam in duodecim uncias scribantur heredes, et ut is eas distribuat, prouti velit, et ut vel per donationes simplices vel antenuptiales, vel per dotis dationem, vel alio quocunque legitimo modo bona sua in illos transferant. Si vero aliquos adscendentium habeant, legitimam eis portionem relinquant: reliquum, si velit, ad spurios transmittat, quos etiam naturales liberos vocat [1]). Si quis vero intestatus decesserit, non existentibus adscendentibus vel descendentibus,

[1]) Отмѣтимъ мимоходомъ, что въ приведенномъ отрывкѣ не дѣлается никакихъ различеній между spurii и liberi naturales. Приведенная тема воспроизведена въ Syn. Basil. K. XV, 2, а также, какъ мы уже видѣли, и въ Шестикнижіи.

vel etiam legitima uxore, et veniant cognati vel etiam manumissor, ve fiscus quoque bonorum possessionem movens, concubinae et liberis naturalibus concedimus, ut duas paternae substantiae uncias habeant una cum matre dividendas, quotquot liberi sint, ita ut mater quoque unius filii portionem pro rata capiat. Haec autem omnia intellige, si liberi legitimi non existant. Nam si naturalibus liberis, vel eis non existentibus, concubinae ultra dimidiam unciam donare vel relinquere tentaverit, id, quod amplius est, liberi legitimi consequentur. Et de eo, quod legislator de naturalibus ex una concubina susceptis non de his, qui ex pluribus suscepti sunt loquitur. Plures enim concubinas odio dignas lex censet, neque liberos ex eis susceptos admittit. Et de eo, quod liberis (legitimis) existentibus naturales nihil capiunt, a legitimis autem. prouti decet, pro modo facultatum aluntur. Idem est et si uxorem habet, et naturales liberos ex concubina praemortua ei natos.

Какъ видно, приведенная тема дважды подчеркиваетъ единичность наложницы, какъ необходимое условіе примѣненія устанавливаемыхъ правоположеній, сохраняя при этомъ почти дословно выраженія лежащей въ ея основаніи новеллы Юстиніана. Первая часть приведенной темы заимствована Арменопуломъ въ сокращенномъ, но по существу не измѣненномъ видѣ [1]). Ею начинается изложеніе отдѣла о наслѣдованіи побочныхъ дѣтей (Арм. кн. V, тит. 8, ч. 2 стр. 108, H. H. lib. V, tit. 8 c. 66). Вторая же часть той же темы передана въ интересующемъ насъ отрывкѣ, какъ самостоятельное положеніе, при чемъ по стилистической формѣ и опредѣленности редакціи отрывка несомнѣнно, что Арменопулъ *сознательно* изложилъ правоположеніе въ прямо противоположномъ видѣ: ни пропускомъ отдѣльныхъ выраженій, ни неумѣлостью заимствованія, ни непониманіемъ нормы нельзя объяснить сдѣланнаго Арменопуломъ измѣненія. Приведенная нами четвертая тема второго титула XXXII кн. Василикъ сознательно раздѣлена имъ на двѣ части, при чемъ первая передана хотя и сокращенно, но вполнѣ правильно, а вторая изложена въ совершенно самостоятельной и литературно безукоризненной формѣ. Извращеніемъ текста объяснить ея существованіе нѣтъ, стало быть, никакой возможности. Въ примѣчаніяхъ своихъ къ Василикамъ знаменитый издатель ихъ, Геймбахъ, ограничивается указаніемъ: „§ 6 Novellae laudatae exhibet

[1]) Мы остановимся на подробномъ ея разборѣ ниже.

etiam Harm. V, 8, § 69 [1]), sed longe aliis verbis“, обращая вниманіе на передачу отрывка „совсѣмъ иными словами“, но не давая никакого объясненія.

Вопросъ о причинѣ сдѣланнаго измѣненія представляется чрезвычайно важнымъ, въ особенности съ точки зрѣнія *нашего* отношенія къ Шестикнижію Арменопула. Не признавая за этимъ частнымъ сборникомъ никакой силы закона, мы имѣли случай [2]) указать, что положенія Шестикнижія имѣютъ постольку значеніе, поскольку они *правильно* воспроизводятъ нормы грекоримскаго права. За *самостоятельными* измѣненіями, допущенными Арменопуломъ, но не *оправдываемыми* источниками или обычаями современной ему юридической жизни Византіи, не можетъ быть признано законоустанавливающаго значенія. Поэтому вопросъ о томъ, на основаніи ли какого-либо памятника права, или же совершенно безосновательно допущено въ Шестикнижіи отступленіе отъ общепринятой нормы, является вопросомъ первостепенной важности.

Отыскиваніе соотвѣтствующихъ основаній въ памятникахъ византійскаго права и составляетъ наиболѣе трудную задачу изслѣдователя бессарабскаго права, такъ какъ въ поискахъ этихъ нельзя ограничиваться оффиціальными законодательными актами. Множественность этихъ послѣднихъ, незначительная ихъ распространенность въ малочисленныхъ спискахъ, противоположныя правовыя теченія рано вызвали къ жизни многочисленныя *частныя* компилятивныя работы,—къ числу коихъ принадлежитъ и само Шестикнижіе,—пользовавшіяся, однако, какъ и это послѣднее, огромнымъ практическимъ значеніемъ. Нахожденіе однихъ и тѣхъ же отступленій въ нѣсколькихъ, хотя бы и частныхъ, работахъ способно уже служить доказательствомъ существованія извѣстнаго правовоззрѣнія, прорвавшагося въ жизнь, слабо нормированную принципіально противорѣчивыми формаціями права.

---

[1]) Въ Василикахъ (т. III, стр. 526) ошибочно указано: § *99*. Въ ti 8 lib. V всего 95 параграфовъ.

[2]) См. подробнѣе объ этомъ *мою* брошюру: О примѣненіи мѣстныхъ законовъ Арменопула и Донича, Спб. 1904.

Среди такихъ частныхъ работъ одной изъ наиболѣе интересныхъ какъ по обработкѣ, такъ и по практическому значенію своему, является памятникъ, извѣстный подъ названіемъ Σύντομος τῶν Νεαρῶν διατάξεων (breviarium novellarum), т. е. Собраніе Новеллъ, составленное Θеодоромъ Схоластикомъ изъ Гермополиса въ Θиваидѣ, извѣстнымъ подъ названіемъ Theodorus Scholasticus Thebanus Hermopolitanus, жившемъ во второй половинѣ VI в. Самое собраніе составлено при византійскомъ императорѣ Маврикіи около 582 года.

Въ Prolegomena къ изданію этого памятника Цахаріэ говоритъ между прочимъ: [1]) „Breviariis Codicis [2]) et Novellarum, quae Theodorus Scholasticus, Hermopoli Thebaidos oriundus... circa finem saec. VI edidit, Graeci ab hoc inde tempore saepe multumque usi sunt... Ut breviter dicam... Novellarum breviarium prae reliquis Novellarum commentariis placuisse Graecis videtur.

Достаточно будетъ для опредѣленія значенія Собранія Новеллъ Θеодора указать на то, что цѣлый рядъ византійскихъ юристовъ заимствовалъ изъ его труда цѣлыя мѣста, а въ особенности на то, что схоліи къ Василикамъ зачастую заимствованы изъ означеннаго Собранія.

Въ указанномъ сборникѣ новеллъ Θеодора, среди прочихъ, интересна для насъ Nov. 89 de naturalibus (liberis), въ 20-й главѣ которой читаемъ:

> Qui naturales liberos habeat, si etiam legitimos habeat, non potest naturalibus testamento plus relinquere quam unam unciam una cum matre eorum; sin naturales liberos non habeat, sed concubinam tantum, tunc recte eos vel in omnem substantiam suam heredes in testamento suo scribit, siquidem ascendentes non habeat; his enim legitimam portionem servare debet, reliquam autem substantiam filiis naturalibus relinquere potest. Et nota hoc: nam, quae supra dicta sunt de liberis decurionum, in his solum obtinent, de quibus dicta sunt. Et haec quidem de eo, qui naturales liberos habet et testamentum facit. Nam si intestatus qui moriatur filios naturales habens, siquidem legitimos liberos vel uxorem non habeat, naturales cum matre eorum recte II uncias accipiunt. Si vero legitimam sobolem habeat vel uxorem legitimam, liberi eius naturales ab intestato nihil accipient, quantum ad distinctionem praesentis Nov. LXXXIX atque etiam similiter ad observantiam Nov. XVIII attinet:

---

[1]) Zachariae, Anekdota, Lipsiae 1848, p. 41 § LVI.

[2]) Тотъ же Θеодоръ составилъ и σύντομος κῶδιξ, т. е. обработку кодекса.

sed humanitatis ratione una cum matre ipsorum unam duntaxat unciam accipere debent, quam etiam si liberi legitimi subsint, ex testamento capere iis permissum est secundum supra dicta et secundum Nov. XVIII. Praeter ea, quod dictum est de liberis naturalibus accipe, qui non ex decurionibus descendunt, nam decurionum naturales liberi parentibus suis non fiunt heredes, sicut didicisti in Nov. XXXVIII. Legas lib. V Cod. tit. XXVII const. VII et VIII et XII et memineris Nov. XVIII.

Въ этой передачѣ ст. 12 Nov. 89, въ отличіе отъ передачи той же новеллы въ вышеприведенной th. 4 Basil 32,2, тщательно опущены всѣ указанія относительно единичности конкубины, какъ условія примѣненія указанныхъ въ ней положеній. А въ слѣдующей 21-й главѣ той же 89-й новеллы изложено:

Liberi, qui ex diversis concubinis procreati sunt, patri suo non succedunt, si is legitimos liberos, vel uxorem, vel alios successores habeat: sed solum alimenta ab iis accipiunt, qui patri ipsorum heredes exstiterunt, scilicet si is non sit testatus. Similiter loquitur Nov. XVIII,

т. е. установлено то именно положеніе, которое приведено Арменопуломъ въ вышеприведенномъ нами отрывкѣ. Такимъ образомъ, отрывокъ этотъ освѣщается. Содержащіяся въ немъ правоположенія являются результатомъ не самовольнаго отступленія или неправильнаго заимствованія, а излагаютъ дѣйствительную нормировку отношеній побочныхъ дѣтей къ естественному ихъ отцу въ полномъ согласіи съ установившимся правовоззрѣніемъ юристовъ Византійской имперіи и знаменуютъ собою не *суженіе*, а *расширеніе* правъ обездоленныхъ незаконныхъ дѣтей. Побочныя, стало быть, наслѣдуютъ отцу своему въ двухъ унціяхъ, *независимо отъ того, произошли ли они отъ одной или разныхъ конкубинъ.* Указанные подвиды незаконнорожденныхъ, такимъ образомъ, не подлежатъ различенію.

Не для того, однако, чтобы достичь этого результата, мы такъ долго останавливались на интересовавшемъ насъ фрагментѣ Арменопула. Установленіе того положенія, что различіе отдѣльныхъ подвидовъ побочныхъ дѣтей въ нынѣшнемъ бессарабскомъ правѣ перестало имѣть мѣсто, не вызывало необходимости въ наведеніи исторической справки, такъ какъ мы уже указывали, что нашему современному

правосознанію чуждо подобное разграниченіе. Намъ хотѣлось выяснить, что указанное, хотя и незначительное, прогрессивное движеніе въ смыслѣ предоставленія незаконнорожденнымъ права на $^1/_6$ имущества ихъ естественнаго отца *и при наличности нѣсколькихъ конкубинъ* имѣло мѣсто *уже* въ Византіи. Но кто же дѣти, прижитыя отъ многихъ наложницъ? При множественности этихъ послѣднихъ о конкубинатѣ, какъ о фактическомъ бракѣ, уже не можетъ быть, конечно, рѣчи. *Дѣти отъ такихъ наложницъ—тѣ же спуріи. И всѣмъ имъ давалось право на двѣ унціи отцовскаго имущества.*

За устраненіемъ изъ разсмотрѣнныхъ положеній Шестикнижія означенныхъ различеній, въ этихъ, почти непосредственно слѣдующихъ другъ за другомъ, фрагментахъ, остается еще глубокое противорѣчіе, требующее разъясненія. Мы видѣли, что по одному изъ нихъ право наслѣдованія незаконнорожденныхъ стоитъ въ зависимости отъ отсутствія законныхъ дѣтей, а по другому—отъ отсутствія *всякихъ* законныхъ наслѣдниковъ. Какъ же быть? Намъ представляется разрѣшеніе вопроса очень простымъ. Вторая норма, относившаяся къ частному случаю (изъ области конкубината), за устраненіемъ самаго повода, утратила всякое raison d'être. Въ данномъ случаѣ вполнѣ справедлива парэмія: cessante ratione legis cessat lex ipsa, и не только наше современное воззрѣніе, но и само византійское право въ дальнѣйшемъ развитіи своемъ признавало, какъ мы видѣли, указанное различеніе излишнимъ. Достигнутое въ конечномъ выводѣ, хотя и крайне незначительное, расширеніе правъ наслѣдованія незаконнорожденныхъ является въ данномъ случаѣ результатомъ не цивилистической политики, а историческаго развитія.

Намъ остается изслѣдовать еще одинъ фрагментъ.

Арменопуло, тамъ же, стр. 110.

Если кто умретъ безъ завѣщанія и оставитъ послѣ себя побочныхъ и усыновленныхъ дѣтей, то они всѣ вмѣстѣ наравнѣ наслѣдуютъ.

Положеніе это совершенно непонятно. Мы только-что видѣли, что побочныя дѣти получаютъ при отсутствіи закон-

ныхъ дѣтей лишь 1/6 имущества отца, а между тѣмъ въ приведенномъ отрывкѣ говорится о томъ, что они наслѣдуютъ *наравнѣ* съ усыновленными. Такимъ образомъ, наслѣдственныя права незаконнорожденныхъ одни—при отсутствіи усыновленныхъ, и другія—при ихъ наличноти, при чемъ, какъ оно ни странно, права эти во второмъ случаѣ *больше*, т. е., другими словами говоря, наличность усыновленныхъ дѣтей способна увеличить наслѣдственное право побочныхъ.

Обращеніемъ къ подлиннику разъясняется возникшее недоумѣніе.

H. H. lib. V, tit. 8, c. 72.

Si quis intestato decesserit, relictis filiis naturalibus et adoptivo, omnes similiter succedunt.

Означенный фрагментъ воспроизводитъ дословно th. 19 Basil. 45, 2, которая, въ свою очередь, повторяетъ l. 5 C. VI, 55 (de suis et legitimis), гласящую:

Si te pareus, in cuius fuisti potestate, solemniter in adoptionem dedit, cum filiis naturalibus adoptivi patris ante vel poste quaesitis defuncto intestato succedere potes.

Нетрудно видѣть, что приведенный фрагментъ говоритъ не о наслѣдованіи *побочныхъ*, а о наслѣдованіи *усыновленныхъ*. Этимъ послѣднимъ и дается полнота правъ: они наслѣдуютъ, какъ liberi naturales, т. е. какъ естественныя (законныя) дѣти. Здѣсь терминъ naturales—естественныхъ (кровныхъ, родныхъ, физическихъ) дѣтей употребленъ въ противоположность понятію искусственныхъ (юридическихъ), т. е. усыновленныхъ дѣтей.

Весь приведенный отрывокъ, такимъ образомъ, никакого отношенія къ интересующему насъ вопросу о наслѣдованіи незаконнорожденныхъ не имѣетъ [1]).

[1]) Точно такъ же къ вопросу о наслѣдованіи *усыновленныхъ* относится и извращенный въ первоначальномъ переводѣ (возстановленный на поляхъ) фрагментъ: „сколько предоставлено матери умершаго и братьямъ естественнымъ одного съ нимъ отца, столько же и его усыновленнымъ дѣтямъ“ (Арм. кн. V, тит. 8, стр. 110). Этого обстоятельства, повидимому, не понялъ Н. К. Доробецъ (Наслѣдованіе незаконнорожденныхъ по бессарабскому праву, Одесса 1902 г.,



Приведенными законоположеніями исчерпывается нормировка наслѣдственныхъ правъ незаконнорожденныхъ послѣ ихъ естественнаго отца по Шестикнижію.

Перейдемъ къ вопросу о наслѣдованіи внѣбрачныхъ дѣтей послѣ ихъ *матери*.

Въ Шестикнижіи читаемъ:

Арм. кн. V, тит. 8 (ч. 2, стр. 110).

Побочному не наслѣдуютъ родственники его по отцу, ибо отецъ его неизвѣстенъ [1]); только мать его и братья матери наслѣдуютъ ему. Рожденные отъ блудницы наслѣдуютъ и бабкѣ своей по матери, если она умретъ безъ завѣщанія.

Приведенные фрагменты отличаются чрезмѣрной отрывочностью. Первый изъ нихъ говоритъ о наслѣдованіи *послѣ* побочныхъ, второй о наслѣдованіи этихъ послѣднихъ. Но такъ какъ права наслѣдованія, основанныя на когнатической связи, являются всегда взаимными, и пассивному праву соотвѣтствуетъ активное, то очевидно, что если мать наслѣдуетъ своему естественному ребенку, то и этотъ послѣдній наслѣдуетъ своей матери. Это подтверждается вторымъ отрывкомъ, въ которомъ устанавливается, что побочные наслѣдуютъ въ порядкѣ законнаго наслѣдованія и бабкѣ, т. е. не только восходящей родственницѣ *первой*, но и *второй* степени. При этомъ важно отмѣтить, что положеніе о наслѣдованіи игнорируетъ подвиды незаконнорожденныхъ, ибо происходящіе и отъ блудницы (πορνογενεῖς) имѣютъ право наслѣдованія, какъ когнаты своей матери [2]).

стр. 25), пытающійся всѣ тексты Шестикнижія подогнать подъ апріорную тенденцію. Эта послѣдняя настолько увлекаетъ автора, что заставляетъ его воскликнуть (стр. 28), что „Арменопуло стоитъ на *вполнѣ просвѣщенной и гуманной* точкѣ зрѣнія, не допуская *въ силу гуманности къ незаконнорожденнымъ*, отождествлять ихъ съ законными" (!). Вся аргументація автора (стр. 27), построенная на сопоставленіи родственниковъ отца и матери спурія, совершенно невѣрна, ибо такое сопоставленіе по отношенію къ спурію немыслимо: первыхъ, въ противоположность вторымъ вѣдь вовсе не существуетъ.

[1]) Первую часть этого отрывка мы уже разсмотрѣли въ первой части настоящаго очерка.

[2]) Ср. Syn. Basil. K. XVI, 29.

Нѣсколько непонятнымъ является въ первомъ отрывкѣ лишь ограниченіе категорій родственниковъ съ материнской стороны, призываемыхъ къ наслѣдству. Почему законъ признаетъ наслѣдниками „братьевъ матери“, а не ея сестеръ или другихъ родственниковъ? А если указаніе закона лишь примѣрное, то почему примѣромъ избраны именно „братья матери“, а не ея отецъ? Слѣдуя принятому нами способу толкованія, обратимся къ подлинному тексту Шестикнижія. Изъ ознакомленія съ нимъ обнаружится одно изъ простѣйшихъ, столь обычныхъ, недоразумѣній, имѣющихъ своимъ источникомъ небрежность русскаго перевода. У Геймбаха читаемъ:

H. H. lib. V, tit. 8, c. 70, 71.

Spurii hereditas ad cognatos paternos non pertinet, nec enim patrem habet. Matri autem et fratribus uterinis datur remedium unde cognati.

Vulgo quaesiti etiam aviae maternae ab intestato succedunt,

т. е.

побочному сыну не наслѣдуютъ родственники по отцу, ибо отецъ его неизвѣстенъ. Мать же его и братья *по матери (одной и той же матери, единоутробные)* наслѣдуютъ ему, какъ кровные родственники.

Рожденные отъ блудницы наслѣдуютъ по закону и бабкѣ, и матери.

Приведенные отрывки получаютъ, такимъ образомъ, ясный смыслъ и значеніе и повторяютъ указанное выше начало Юстиніанова наслѣдованія незаконнорожденныхъ, по которому родственная связь съ матерью, родственниками таковой, ея единоутробными дѣтьми, родителями и другими кровными родственниками признается, какъ основаніе къ активному и пассивному праву наслѣдованія.

Заимствованы эти отрывки Арменопуломъ изъ Василикъ.

Th. 9 Basil, 45, 2 (c. l. 4 D. 38, 8).

Spurii hereditas non pertinet ad cognatos per patrem: non enim patrem habet: matri autem et fratribus e a d e m m a t r e n a t i s datur bonorum possessio unde cognati.

А схоліастъ еще поясняетъ:

> Sch. 1,
>
> Si filius spurius intestatus decesserit, iure quidem consanguinitatis aut agnationis nulle defertur eius hereditas: nam ius consanguinitatis et ius agnationis a patre oriuntur. Quinam autem spurio pater est? Proximitatis autem nomine vel cognationis vel mater ei succedit, v e l f r a t e r eius eadem matre natus, accipientes bonorum possessionem unde cognati,

т. е.

> Если незаконнорожденный сынъ умретъ безъ завѣщанія, то наслѣдство его не переходитъ ни къ кому по праву единокровнаго или агнатическаго родства, ибо права единокровнаго и агнатическаго родства проистекаютъ отъ отца. А кто же отецъ незаконнорожденнаго? Но на основаніи близости или кровнаго родства либо мать наслѣдуетъ ему, либо братъ его, *рожденный той же матерью*, получая наслѣдство, какъ кровные родственники [1]).

Нѣтъ, такимъ образомъ, никакого сомнѣнія, что Шестикнижіе Арменопула, повторяя положеніе Царскихъ книгъ, стоитъ на точкѣ зрѣнія кровной связи незаконнорожденнаго съ его матерью и родственниками сей послѣдней, признавая эту кровную связь основаніемъ къ взаимному наслѣдованію внѣбрачныхъ дѣтей съ своими единоутробными братьями и сестрами, т. е. дѣтьми общей матери, а также родителями сей послѣдней.

Итакъ, послѣ матери незаконнорожденныя дѣти ея пользуются правами наслѣдованія въ полной и неограниченной мѣрѣ.

Когнатическая связь между незаконнорожденными, съ одной стороны, ихъ матерью и ея родственниками—съ другой, признанная, какъ мы видѣли въ началѣ настоящаго очерка, уже Юстиніановымъ правомъ, всегда признавалась и послѣдующими формаціями византійскаго права. Сознаніе связи этой, какъ основанія права внѣбрачныхъ на наслѣдованіе послѣ матери и родственниковъ съ материнской стороны, всегда было сильно и прочно. Оно дошло до насъ не только сохраненное Шестикнижіемъ Арменопула. Въ Валахскомъ законодательствѣ начала XIX вѣка, въ такъ называе-

---

[1]) Ср. § 4 J. 3, 5. Второй отрывокъ дословно повторяетъ th. 13 Basil. 45, 2 (c. l. 8 D. 38, 8).

мыхъ узаконеніяхъ Іоанна Караджи, содержится (въ ст. 20) слѣдующая норма:

Дитя незаконнорожденное наслѣдуетъ безъ завѣщанія мать свою, дядей и бабку по матери, равнымъ образомъ и они, т. е. дяди, бабка и мать, наслѣдуютъ его, ибо равно оно имъ, какъ и они ему извѣстны [1]).

Таково всегда было положеніе греко-римскаго права [2]).

---

[1]) Узаконенія, изд. 1817 г. Валахскимъ Господаремъ Іоанномъ Караджею. См. перев. въ Зап. Имп. Од. Общ. Ист. и Древн., т. XV.

[2]) Весьма интересно отмѣтить, что въ изданіи Шестикнижія, ставшаго, какъ извѣстно, въ современной Греціи, съ объявленіемъ ея независимости, дѣйствующимъ закономъ, интересующее насъ правоположеніе изложено въ слѣдующемъ *(правильномъ)* видѣ: .... τῇ μητρὶ δὲ αὐτοῦ καὶ τοῖς μητρῴοις ἀδελφοῖς δίδοται ἡ συγγενικὴ βοήθεια, а въ примѣчаніи значится .... ἡ δὲ συγγενικὴ βοήθεια δίδοται εἰς τὴν μητέρα αὐτοῦ καὶ τοὺς ἐκ μητρὸς ἀδελφούς (кн. E[1], тит. H[1], ст. 70). Установленіе когнатической связи черезъ мать—положеніе несомнѣнное, и дѣти одной и ой же матери (безразлично, какихъ отцовъ, и независимо отъ вопроса о законности рожденія) признаются наслѣдниками взаимно между собой. Означенное положеніе не вызываетъ никакихъ разногласій юристовъ и судебныхъ мѣстъ современной Греціи. Ср. изданіе Шестикнижія Арменопула согласно разъясненіямъ Ареопага въ сборникѣ: Οἱ δικαστικοὶ νόμοι τῆς Ἑλλάδος ὑπὸ Θ. Ν. Φλογαΐτου, т. IV изд. 2-е Аѳины 1904 г.

IV.

ЗАМѢТКИ ПО БЕССАРАБСКОМУ ПРАВУ.

I.

Кому принадлежитъ по дѣйствующимъ въ Бессарабіи законамъ право на искъ объ истребованіи обѣщаннаго, но не выданнаго приданаго?

Изъ числа своеобразныхъ институтовъ дѣйствующаго въ Бессарабіи права однимъ изъ наиболѣе интересныхъ является институтъ установленія приданаго. Особенности этого, общему праву русскому невѣдомаго, института заключаются какъ въ самомъ фактѣ существованія обязательства отца или усыновителя дать приданое (onus dotandi), такъ и въ способѣ его установленія. Заботясь объ обезпеченіи нарождающейся семьи, Бессарабское право не ставитъ никакихъ условій дѣйствительности даннаго отцомъ обѣщанія установить приданое. Достаточно словеснаго заявленія правоспособнаго лица, чтобы создать обязательство, охраняемое закономъ. Одно лишь условіе является существеннымъ—необходимо, чтобы наступило то событіе, ради котораго приданое устанавливается, т. е. чтобы самый бракъ воспослѣдовалъ [1]).

Способъ, предусмотрѣнный закономъ, для осуществленія дочерью принадлежащаго ей права на полученіе приданаго—искъ, такъ назыв. actio de dote или dotis exactio.

Особенности семейныхъ отношеній по Бессарабскому праву выдвигаютъ одинъ изъ наиболѣе сложныхъ и спорныхъ вопросовъ мѣст-

[1]) Подробнѣе объ этомъ см. мою книгу: Приданое по Бессарабскому праву. Опытъ комментарія законовъ Арменопуло и Донича. Одесса 1901 г., стр. 24 и сл.



ныхъ законовъ: кому принадлежитъ право на этотъ искъ? Мужу или женѣ?

Dos constituitur ad onera matrimonii ferenda—таковъ основной афоризмъ дотальнаго права. Приданое устанавливается для несенія тягостей брака. Тягости эти лежатъ на мужѣ, какъ кормильцѣ семьи. Поэтому приданое, принадлежа женѣ, находится въ управленіи мужа, пользующагося доходами съ него, какъ средствомъ для исполненія своихъ обязанностей предъ семьей. Приданое нужно *мужу*. *Ему* обѣщали дать таковое за его женой. Обѣщаніе не исполнено. *Мужъ* понуждаетъ обѣщателя къ исполненію обязательства. Право иска принадлежитъ *мужу*.

„*Послѣ заключенія брака не жена, а мужъ взыскиваетъ приданое съ того, кто обѣщалъ оное*“, гласитъ законъ (Арт. кн. IV, тит. 8, стр. 43, 54) [1]).

Категоричность приведенной нормы приводитъ нѣкоторыхъ толкователей къ выводу, что право на искъ объ истребованіи обѣщаннаго, но не выданнаго приданаго принадлежитъ *всегда и только* мужу. Выводъ этотъ ошибоченъ.

Толкованіе приведеннаго фрагмента было въ самое недавнее время предметомъ сужденія Правительствующаго Сената по Гражд. Касс. Департаменту, разрѣшившаго этотъ спорный вопросъ надлежащимъ образомъ [2]), разъяснивъ мимоходомъ и другой существенный вопросъ толкованія Бессарабскаго права—значеніе русскаго изданія Шестикнижія Арменопуло.

Какъ извѣстно, издавая русскій переводъ Арменопуло, Правительствующій Сенатъ предпослалъ изданію примѣчаніе, въ которомъ указалъ, что переводъ на русскій языкъ сдѣланъ не съ подлинника, а съ новогреческаго перевода этого послѣдняго. Когда по сличеніи съ подлинникомъ оказались въ переводѣ несогласія, то Сенатъ отмѣтилъ таковыя на поляхъ косыми буквами, предписавъ: при рѣшеніи дѣлъ принимать точное содержаніе отмѣтокъ, на поляхъ сдѣланныхъ. Примѣчаніе это толковалось обыкновенно юристами-практиками и судебными мѣстами въ томъ смыслѣ, что дальше исправленій, сдѣланныхъ Сенатомъ, идти нельзя, и что всякое иное, въ примѣчаніи не отмѣченное, возстановленіе надлежащаго смысла и значенія нормъ Шести-

---

[1]) Первая цифра относится къ изданію 1831 года in folio, вторая—къ перепечатанному in octavo.

[2]) Относительно species facti ср. „Право“, № 48. Конечный выводъ Сената изложенъ въ отчетѣ невѣрно. Ср. „Право“, № 49.



книжія является еретическимъ отступленіемъ отъ безспорнаго и окончательно установленнаго его текста. Несостоятельность такого толкованія очевидна. Указывая на рядъ *замѣченныхъ* неточностей, Сенатъ подтвердилъ только то, что переводъ сдѣланъ съ текста, ненадлежаще провѣреннаго, подчеркнулъ, такъ сказать, ненадежность положеннаго въ основаніе русскаго перевода новогреческаго списка, но нигдѣ и никогда не говорилъ, чтобы *только* сдѣланными имъ исправленіями на поляхъ можно было дополнять смыслъ русскаго перевода, сдѣланнаго съ другого перевода, самимъ Сенатомъ признаннаго невѣрнымъ. Мало того, Правительствующій Сенатъ по Гражданскому Кассаціонному Департаменту неоднократно (ср. рѣш. 1894 г. № 117 и 1897 г. № 58) признавалъ правильнымъ не только обращеніе къ подлиннику Шестикнижія, но и къ тѣмъ источникамъ, которые легли въ его основу (Базиликамъ, Синопсисамъ, Эклогѣ, Прохирону и пр.). Въ вышеуказанномъ рѣшеніи своемъ отъ 6 ноября 1902 года по дѣлу Гартинговъ съ княжной Мещерской Сенатъ вновь подтвердилъ установившуюся, повидимому, незыблемо практику, и, надо думать, судьи наши перестанутъ jurare in verba русскаго перевода Шестикнижія.

Возстановленіе надлежащаго текста имѣетъ огромное значеніе и для вопроса, поставленнаго нами въ заголовкѣ настоящей замѣтки. Приведенная выше норма Арменопуло, своей категоричностью сбившая съ толку не одного юриста-практика, читается въ подлинникѣ нѣсколько иначе. Приведенному мѣсту соотвѣтствуетъ с. 7 tit. 10 lib. IV Hexabiblos'а, которое гласитъ:

Мужъ, а не жена требуетъ приданаго отъ всякаго, обѣщавшаго (таковое), *во время* существующаго брака. Такимъ образомъ явствуетъ, что исключительная принадлежность мужу права на искъ объ истребованіи обѣщаннаго, но не выданнаго приданаго продолжается до тѣхъ поръ, пока существуетъ бракъ,

Что таковъ дѣйствительный смыслъ приведеннаго законоположенія, подтверждается сравненіемъ его съ другими фрагментами Шестикнижія.

Въ томъ же титулѣ той же книги (стр. 55, 70) читаемъ: „*Мужъ имѣетъ право и по смерти жены въ теченіе десяти годовъ требовать назначенное ему приданое*“. Уже самый фактъ существованія приведенной нормы служитъ доказательствомъ того, что интерпретируемый нами фрагментъ не долженъ толковаться столь категорично. Въ самомъ дѣлѣ: если *послѣ* заключенія брака *только* мужъ имѣетъ право отыскивать приданое, т. е. съ самымъ фактомъ воспослѣдованія права онъ пріобрѣлъ это право и притомъ право исключительное, то

естественно, что онъ и послѣ смерти жены продолжаетъ владѣть таковымъ. Самая норма о признаніи за нимъ этого права является излишней. Но не только *фактъ* существованія этой нормы интересенъ. Важна и ея *редакція*. *Первая* изъ разсматриваемыхъ нормъ содержитъ императивъ: не жена, а мужъ взыскиваетъ приданое. *Вторая* предоставляетъ лишь право: мужъ и послѣ смерти жены имѣетъ право отыскивать приданое. *Первая* говоритъ объ *обязанности*, *вторая*—о *правѣ*. При этомъ *первая* указываетъ лишь моментъ, *съ котораго* начинается эта обязанность (т. е. съ момента воспослѣдованія брака), *вторая* указываетъ на *прекращеніе* этой обязанности смертью жены.

Таковое освѣщеніе приведенныхъ отрывковъ находитъ себѣ полное подтвержденіе въ тѣхъ фрагментахъ Шестикнижія, которые нормируютъ отвѣтственность наслѣдниковъ мужа, упустившаго предъявить лежащій на его обязанности искъ объ истребованіи приданаго.

Фрагменты эти помѣщены въ 2-мъ тит. II кн. (стр. 126, 166). Здѣсь разсматривается три случая смерти мужа *во время существующаго брака* [1]). *Первый* случай таковъ; мужъ умеръ до истеченія трехъ лѣтъ со дня заключенія брака; его наслѣдники не подвергаются никакой отвѣтственности. *Третій* случай: мужъ умеръ по истеченіи десяти лѣтъ со дня заключенія брака; наслѣдники его отвѣтствуютъ предъ женой за приданое. *Второй* случай: мужъ умеръ до истеченія десяти лѣтъ, но по истеченіи трехъ лѣтъ; наслѣдникамъ мужа дается срокъ для взыскиванія приданаго съ лица, обѣщавшаго таковое, но не выдавшаго онаго.

Случаи эти чрезвычайно интересны. Начнемъ съ *третьяго*. Мужъ умеръ, пропустивъ въ бракѣ (т. е. когда онъ *обязанъ* былъ отыскивать приданое) десятилѣтній срокъ, установленный для иска объ истребованіи приданаго. Онъ допустилъ явную небрежность, не исполнилъ лежавшей на немъ обязанности: онъ отвѣтствуетъ за послѣдствія предъ своей женой, а за его смертью, по общимъ правиламъ преемства,—его наслѣдники.

Перейдемъ къ *первому*. Мужъ умеръ до истеченія трехъ лѣтъ со дня заключенія брака, не предъявивъ иска объ истребованіи прида-

---

[1]) Замѣчательно, что источники нигдѣ не говорятъ объ отвѣтственности наслѣдниковъ мужа, не отыскивавшаго приданаго *послѣ* прекращенія брака, а всегда лишь объ отвѣтственности наслѣдниковъ мужа, умершаго *въ бракѣ*. Оно и понятно, ибо *обязанность* лежитъ на мужѣ *только во время* брака. Гдѣ нѣтъ обязанности, тамъ нѣтъ и отвѣтственности.



наго. Допустилъ ли онъ хотя бы легкую небрежность? Законъ говоритъ, что нѣтъ, ибо нѣтъ того велѣнія, которое предписывало бы мужу сломя голову требовать приданаго. Естественно, что, за отсутствіемъ вины, нѣтъ и отвѣтственности; свободны отъ таковой и наслѣдники. Наконецъ, *второй* случай. Мужъ умеръ до истеченія десяти лѣтъ, не утративъ по давности права на истребованіе приданаго. Грубой небрежности онъ еще не совершилъ. Но со дня заключенія брака прошло болѣе трехъ лѣтъ. Времени было достаточно мужу, чтобы оглянуться, собраться съ силами предъявить искъ къ забывшему объ обязанности своей обѣщателю приданаго. Допущенной проволочкой мужъ *могъ* причинить ущербъ интересамъ жены, ибо въ имуществѣ установившемъ приданаго *могли* произойти измѣненія; удобный моментъ для предъявленія иска о приданомъ *могъ* пройти. Пусть на наслѣдникахъ мужа лежитъ обязанность отыскиванія приданаго и отвѣтственность за допущенную ихъ праводателемъ несвоевременность въ дѣлѣ исполненія имъ лежащихъ на немъ обязательствъ.

Для насъ интересенъ главнымъ образомъ *первый* случай, т. е. тотъ, когда мужъ умеръ *до истеченія трехъ лѣтъ и когда его наслѣдники не должны отыскивать приданое*. Кто же его ищетъ? Наслѣдники не обязаны. Жена не вправѣ, по мнѣнію сторонниковъ безусловной категоричности той нормы, которая гласитъ, что послѣ брака мужъ, а не жена ищетъ приданое. Значитъ, некому. А между тѣмъ отъ брака остались дѣти, т. е. тѣ живыя тягости брака, для которыхъ приданое то установлено. Явный nonsens! Гдѣ же ошибка? Что наслѣдники мужа не обязаны искать, въ этомъ нѣтъ сомнѣнія. Остается съ неизбѣжностью признать за женой или ея дѣтьми право иска приданаго, т. е. отвергнуть безусловность разбираемой нами нормы и признать, что исключительное право (и обязанность) мужа отыскивать отъ обѣщателя приданое продолжается до тѣхъ поръ, пока бракъ существуетъ, т. е. прійти путемъ логическаго толкованія къ тому, что ясно выражено въ нормѣ подлинника, искаженной безграмотностью переводчика.

О. Пергаментъ.

